Die Vollziehung der Auflage bei Schenkungen und Verfügungen von Todeswegen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

August Saucke,
aus Uelzen.

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

Rostock.
H. WINTERBERG'S BUCHDRUCKEREI.
1903.

Inhaltsübersicht.

I. Teil.

Die Auflage.

1. Abschnitt.

Begriff und Wesen der Auflage.

Seite

§ 1. Einleitung 10
§ 2. Historische Übersicht. Römisches Recht . 11
§ 3. Fortsetzung. Gemeines Recht 18
§ 4. Begriff der Auflage nach dem B. G. B. . . 22

2. Abschnitt.

Abgrenzung der Auflage gegenüber verwandten Rechtserscheinungen.

§ 5. Auflage und Bedingung 30
§ 6. Auflage und Empfehlung, Rat oder Motiv . 31
§ 7. Auflage und Verträge zu Gunsten Dritter . 32
§ 8. Auflage und Stiftung 33

II. Teil.

Welchen Erfordernissen muss die Auflage genügen, damit ihre Vollziehung verlangt werden kann?

1. Abschnitt.

Die Anordnung der Belastung.

§ 9. Der Anordnende 34
§ 10. Der Beschwerte 35

§ 11. Wer kann Destinatär der Leistung sein und in wessem Interesse kann sie angeordnet werden 48

2. Abschnitt.

Die Leistung.

§ 12. Allgemeines 52
§ 13. Bestimmtheit der Leistung 53
§ 14. Möglichkeit der Leistung 61
§ 15. Die Leistung darf nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstossen 65
Anhang: Wirkung der Unwirksamkeit der Auflage auf die Zuwendung 66
§ 16. Vermögenswert der Leistung? 68
§ 17. Wertverhältnis von Auflage und Zuwendung 69

III. Teil.

Die Vollziehung.

1. Abschnitt.

Gemeinsame Grundsätze.

§ 18. Die Klageberechtigten 73
§ 19. Zeitpunkt der Entstehung der Klageberechtigung und der Fälligkeit der Leistung . 86
§ 20. Ort der Vollziehung der Auflage 89
§ 21. Kosten der Vollziehung der Auflage . . . 90

2. Abschnitt.

Haftung des Beschwerten für die Vollziehung.

A. Auflage bei der Schenkung.

§ 22. Die Haftung des Beschenkten 91

B. Letztwillige Auflagen.

§ 23. Die Haftung des Alleinerben 95
§ 24. Die Haftung bei Mehrheit der Erben . . 109
§ 25. Haftung des zu mehreren Erbteilen berufenen Erben 114
§ 26. Haftung bei der Nacherbfolge 115
§ 27. Haftung beim Erbschaftskauf 118

§ 28. Haftung des Vermächtnisnehmers 121
§ 29. Pflichtteil und Auflage 123

3. Abschsitt.

Klage, Zwangsvollstreckung und Konkurs.

§ 30. Die Klage 125
§ 31. Die Zwangsvollstreckung 127
§ 32. Der Konkurs des Beschwerten 130

Litteratur.

Abrahamsohn, Sind beim Versprechen der Leistung an einen Dritten der Versprechensempfänger und der forderungsberechtigte Dritte Gesamtgläubiger?, Rostocker Dissertation 1902.

Barre, Bürgerliches Gesetzbuch und Code civi 2. Aufl. Berlin 1897.

Becher, Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche, München 1901.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts Bd. II., Weimar 1889.

Bendix, Das deutsche Privatrecht, Breslau 1899.

Benner, Über die donatio sub modo nach gemeinem Recht, Hallenser Dissertation 1888.

Boehm, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs 2. Aufl., Hannover 1900.

Borcherdt, Erbrecht und Nachlassbehandlung, Breslau 1901.

v. Buchka, Bürgerliches Gesetzbuch und Gemeines Recht 3. Aufl., Berlin 1899.

Bunsen, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch Bd. I. u. III., Rostock 1897 u. 1898.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I. und Bd. II. 3 Abth., Jena 1900.

Crome, Die Partiarischen Rechtsgeschäfte, Freiburg 1890.

Crome, Systeme des deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. I. u. II., Tübingen u. Leipzig 1902.

Dernburg, Pandekten Bd. I. 6. Aufl., Bd. II 5. Aufl., Berlin 1900 und 1897.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens Bd. II, Halle 1901.

Eichhorn, Das Testament 4. Aufl., Berlin 1900.

Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. I. 6 Aufl., B. III. 3 bis 5. Aufl., Berlin 1899.

Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht Bd. I. und II., Marburg 1900, 1901.

Entwürfe eines B. G. B. (erste Lesung, zweite Lesung, Reichstagsvorlage, Bundesratsvorlage).

Erxleben, Die condictiones sine causa, Göttingen 1853,

Feigel, Die Auflage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche· Erlanger Dissertation 1898.

Frommhold, Commentar zum Erbrecht, Berlin 1900.

Gierke, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889.

Glück, Pandekten Bd. IV., Erlangen 1796.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch Bd. I 2. Aufl., Berlin 1902.

Heinsheimer, Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch und das badische Recht 2. Aufl., Karlsruhe 1901.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht, 1900.

Hellwig, Vorträge auf Leistung an Dritte, 1899.

Heuser, Rechte des Schenkers, wenn die Vollziehung der Auflage unterbleibt, Rostocker Dissertation 1902.

Jaeger, Erbenhaftung und Nachlasskonkurs, 1898.

Kipp, Wer kann nach deutschem bürgerlichen Recht mit Vermächtnissen belastet werden? Erlanger Festschrift 1901.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. I. und II., Berlin 1899, 1901.

Kuhlenbeck, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche Bd. I. 3. Aufl., Berlin 1903, Bd. II., Berlin 1900.

Kohler im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 12 u. 21.

Lammfromm, Teilung, Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag, Leipzig 1897.

Lenel, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 74 u. 78.

Litten, Die Wahlschuld im deutschen bürgerlichen Rechte, Berlin 1903.
Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I. u. II. 3. Aufl., Berlin 1900.
Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Leipzig 1900.
Meisner, Commentar zum Recht der Schuldverhältnisse, Breslau 1898.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. II. u. V.
Müller u. Meikel, Das Bürgerliche Recht Bd. I. und II., München 1899.
Neumann, Handausgabe des B. G. B. Bd. I. u. II., Berlin 1899, 1900.
Oertmann, Commentar zum Recht der Schuldverhältnisse des B. G. B., Berlin 1899.
Pantenburg, Rechte des Schenkers, wenn die Vollziehung der Auflage unterbleibt, Rostocker Dissertation 1901.
Peiser, Handbuch des Testamentsrechts, Berlin 1902.
Pelargus, Das Erbrecht des B. G. B., Stuttgart 1899.
Pernice, Labeo Bd. III, Halle 1892.
Phüller, Vorlesungen über das B. G. B., Leipzig 1899.
Planck, Commentar zum B. G. G. Bd. II. u. V., Berlin 1900, 1902.
Protokolle der zweiten Lesung eines B. G. B., Bd. II. und V.
Regelsberger, Pandekten I., Leipzig 1893.
Rocholl u. Niedner, Vorschläge, Breslau 1891.
Rüger, Sächsisches Archiv Bd. IX.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. IV., Berlin 1848.
Scheiff, Praktisches Handbuch des bürgerlichen Rechts, Köln 1902.
Scherer, Commentar zum B. G. B. Bd. II. u. V., Erlangen 1898, 1900.
Scheurl, Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, Erlangen 1871.
Schmitz, Rechtslage des Schenkers bei Nichterfüllung des auf die Schenkung gelegten Modus, Erlanger Dissertation 1902.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältniase, Berlin 1897.
Simêon, Recht und Rechtsgang 3. Aufl., Berlin 1901.
Staudinger, Commentar zum B. G. B. Bd. II. und V., München 1901 u. 1902.
Strohal, Das deutsche Erbrecht, 2. Aufl., Berlin 1901.
Thibaut, Pandekten 8. Aufl., Jena 1834.
Wendt, Reurecht und Gebundenheit, Erlangen 1878.
Weyl, Vorträgeü ber das B. G. B. Bd. I. u. II., München 1898, 1900.
Wilke, Commentar zum B. G. B. Bd. V. (Erbrecht), Berlin 1900.
Windscheid-Kipp, Pandekten Bd. I.—III. 8. Aufl., Frankfurt a. Main 1900—1901.

I. Teil.

Die Auflage.

1. Abschnitt.

Begriff und Wesen.

§ 1.

Einleitung.

Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich stellt die Auflage nicht als allgemeines Rechtsinstitut hin. Es behandelt die Auflage bei der Schenkung (§§ 525 ff.) und den letztwilligen Verfügungen (§§ 2192 ff.). Während aber bei der Schenkung unter einer Auflage der Begriff der Auflage als bekannt vorausgesetzt wird — die Motive Bd. II, S. 299 besagen, »die gewählte Bezeichnung Auflage im Sinne von Modus sei in der neueren Rechtssprache derart eingebürgert, dass sowohl ihre Aufnahme als das Absehen von jeder Art von Definition keinem Bedenken unterliege« —, gibt § 1940 für letztwillige Auflagen eine Begriffsbestimmung. Die Motive Bd. V, S. 11 begründen dies damit, »die grosse Bedeutung, welche eine letztwillig angeordnete Auflage habe, lasse es geraten erscheinen, hier nicht in gleicher Weise wie bei der einer Schenkung beigefügten Auflage den Begriff als bekannt anzusehen und wenigstens einen der Hauptunterschiede vom Vermächtnisse zum Ausdruck zu bringen.«

Wenn so einerseits der Begriff der Auflage als »eingebürgert« angesehen wird, andererseits noch eine Definition gegeben wird, so drängt sich unwillkürlich das Bedenken auf, ob der Begriff des Modus denn wirklich derart eingebürgert ist, wie die Motive es behaupten; dann wäre ja die Definition des § 1940 überflüssig; denn die Abgrenzung gegenüber dem Vermächtnisse würde sich aus dem »eingebürgerten« Begriff der Auflage unschwer finden lassen. Im Zusammenhang hiermit erhebt sich weiter die Frage, ob die Definition der letztwilligen Auflage in § 1940 auch auf die Auflage bei Schenkungen zu übertragen und somit für beide Fälle, in denen die Auflage Aufnahme in das B. G. B. gefunden hat, ein gemeinsamer Begriff einzustellen ist.

Zur Beantwortung dieser Frage wie jenes Bedenkens bedarf es zunächst einer Festlegung des gemeinrechtlichen Modusbegriffes auf Grund einer kurzen rechtshistorischen Übersicht. Sodann ist auf Grund dieses Ergebnisses und der positiv gesetzten Normen des B. G. B. über die Auflage der dem B. G. B. zu Grunde liegende Begriff der Auflage und das Wesen derselben zu erörtern.

§ 2.

Historische Übersicht.[1] Römisches Recht.

I. Die Grundlage des Modusbegriffes ist im Justiniaschen Recht in den von den Kompilatoren herrührenden Digestentiteln D 35,1 de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur; C 6,45 de his, quae sub modo legata seu fideicommissa relinquuntur, und C 8,54 de donationibus, quae sub modo vel conditione vel ex certo tempore conficiuntur zu finden. Indessen finden sich in den Schriften der klassischen Juristen schon Spuren der Auflage. Insbesondere sind es vier Ausdrücke, die Beziehung zu der Auflage haben: modus, condicio, lex und jubere. Doch kann keiner dieser Ausdrücke als Kunstwort, als terminus technicus für

[1] Hierzu vgl. vor allem Pernice Labeo Bd. III, S. 12 ff.

das Institut der Auflage, wenn man überhaupt schon von einem Rechtsinstitut reden kann, angesehen werden.

Dies wird schon aus dem Nebeneinanderbestehen verschieder Ausdrücke klar. So bedeutet z. B. modus in l 44 § 3 D de obligationibus et actionibus 44,7 nicht Auflage, sondern der Ausdruck modus wird hier im nichttechnischen Sinne gebraucht und bezeichnet nur eine Modalität, eine nähere Bestimmung des Geschäfts.

II. Schon der Mangel eines technischen Ausdrucks lässt darauf schliessen, dass es sich um ein wenig durchgebildetes Rechtsinstitut handelt, wie denn auch der Rechtszustand der klassischen Zeit noch ein durchaus unsicherer ist. Und so gehen auch die Auflagen bei den negotia mortis causa und den negotia inter vivos ihre besonderen Wege und bedürfen daher gesonderter Betrachtung.

a) 1. Was zunächst die Auflage bei den negotia mortis causa betrifft, so lässt sich nicht mit absoluter Sicherheit feststellen, ob sie bei der Erbeseinsetzung vorkommt, doch lässt sich dies auch nicht schlechthin verneinen. Die einzige Stelle in den Digesten, die einen Erbeinsetzungsmodus erwähnt, ist die l 8 § 7 D 28,7; aber auch in D 33,1,7 heisst es: si te heredem solum instituam et scribam, uti monumentum mihi certa pecunia facias, in D 12,4,11: si heres arbitratu liberti certa summa monumentum jussus facere, dederit liberto pecuniam etc.; diese beiden Stellen scheinen sich auch auf Auflagen an die Erben zu beziehen.

Regelmässig wird die Auflage dagegen an ein Vermächtnis geknüpft. Durchgehends dient sie einem gemeinnützigen oder religiösen oder öffentlichem Zwecke z. B. ein Denkmal zu errichten, für die Armen und Waisen zu sorgen etc. Dagegen kommen Auflagen zu Gunsten einer einzelnen Privatperson anfangs selten vor, erst in späterer Zeit werden sie häufiger.

2. Dass die Auflage in frühklassischer Zeit noch nicht die genügende Durchbildung hatte, zeigte sich auch in der praktischen Behandlung der letztwilligen Auflage. Hier waren nicht so sehr juristische Er-

wägungen und juristische Klarheit und Vollendung massgebend, als vielmehr Grundsätze der Zweckmässigkeit.

Eine eigentliche Klage oder ein Rechtsmittel, den mit der Auflage Beschwerten zur Vollziehung derselben zu zwingen, gibt es nicht. Namentlich können dem Erben auferlegte Auflagen in keiner Weise erzwungen werden. Ihre Erfüllung bleibt lediglich dem Pflichtgefühl des belasteten Erben überlassen. Bezüglich der mit einer Auflage belasteten Vermächtnisse suchte der Stadtprätor die bestehende Lücke in der verschiedensten Weise auszufüllen. In der Regel half er auf exceptionellem Wege. Er verweigerte die Klage auf das Vermächtnis oder gab die exceptio doli, wenn der modal beschwerte Legatar nicht Sicherheit für die Vollziehung der Auflage leistete. Es machte dabei keinen Unterschied, ob ein Vindikations- oder Damnationslegat in Frage stand. Selbst dann wurde dem Erben die exceptio doli gegeben, wenn er in keiner Weise an der Vollziehung der Auflage durch den Vermächtnisnehmer interessiert war. Dieser exceptionelle Zwang ist bereits zu Beginn der Kaiserzeit als statthaft anerkannt. In gewissen Fällen, namentlich wenn eine Auflage zu Gunsten einer Stadtgemeinde getroffen war, z. B. zur Errichtung eines gemeinnützigen Bauwerks wurde extra ordinem eingeschritten.

3. Eine Änderung brachte die Bestimmung des Kaisers Sever. Er verfügte, dass nach Massgabe der Fideikommisse verfahren werden sollte, wo eine Freilassung den Inhalt des Modus bildete. Von hier aus ging man noch einen Schritt weiter und dehnte diese Bestimmung Severs auch auf solche Auflagen aus, in denen eine bestimmte Person bedacht war. So trat eine Besserung des Rechtszustandes ein, aber nur eine teilweise, nämlich für den Fall, dass eine Auflage zu Gunsten einer bestimmten Person getroffen war. Dagegen war mit dieser Vorschrift für die Fälle, wo eine Auflage im allgemeinen Interesse oder im Interesse des Erblassers selbst angeordnet war, nichts gewonnen. Und doch waren gerade diese Fälle die praktisch am

meisten vorkommenden. Also auch jetzt noch zeigten sich Lücken in der Durchbildung des Instituts.

4. Wollte daher der Erblasser die Vollziehung der von ihm angeordneten Auflage sichern, so musste er zu anderen Mitteln greifen. Am wirksamsten konnte er diese Sicherung dadurch erreichen, dass er die Auflage zur Bedingung der Erbeseinsetzung oder des Vermächtnisses machte. Da aber die Einkleidung der Auflage in die Form der Bedingung in der Mehrzahl der Fälle ein zu starkes Mittel war, und weit über den Zweck hinausging, zumal es sich bei der Auflage in der Regel doch nur um geringfügige und Nebenzwecke handelte, so finden sich noch zwei andere Rechtsbehelfe zur Sicherung der Vollziehung: Die Androhung einer multa und der Eid.

Die Bestärkung des Modus durch Bussandrohung erfolgte in der Weise, dass der mit der Auflage Beschwerte eine Geldbusse erlegen musste für den Fall, dass er die Auflage nicht erfüllte. Diese Busse war an eine öffentliche Kasse zu zahlen; dagegen findet sich eine Entrichtung der Busse an Privatpersonen nicht.

Ein letzter Behelf, die Vollziehung der Auflage gegen willkürliche Missachtung zu schützen, war der Eid. Bedingung der Erbeseinsetzung oder des Vermächtnisses war die Eidesleistung, wodurch der Erbe oder der Vermächtnisnehmer sich verpflichtete, dem Befehl des Erblassers nachzukommen. Konnte auch die Erfüllung dieses Eides nicht erzwungen werden, so würde doch der denkbar grösste moralische Druck auf den Schwörenden gelegt.

5. Als eine Art letztwilliger Auflagen sind hier auch die letztwilligen Stiftungen zu erwähnen. Hierunter darf freilich keine Stiftung unserer Zeit verstanden werden. Die Stiftung in heutigen Sinne ist eine juristische Person, ein auf Grundlage eines Vermögens zu einem dauernden Zwecke gebildeter sozialer Organismus. Dagegen setzt die römische Stiftung einen Belasteten voraus, durch welchen das Vermögen dem beabsichtigten nützlichen Zwecke dienstbar gemacht wird. Eine der Stiftung im heutigen Sinne ähnliche Wirkung — eine unselbständige Stiftung — konnte in

Rom tatsächlich durch Anordnung eines Modus geschaffen werden, wenn die Auflage einer juristischen Person auferlegt wurde. In der älteren Zeit geschah dies in der Weise, dass der Erblasser dem Erben oder dem Vermächtnisnehmer eine jährliche Leistung an eine Gemeinde auferlegte und zugleich der Gemeinde die Verwendung zu einem bestimmten Zweck verschrieb.

Später, seitdem die Körperschaften unter Hadrian das Vermächtnisrecht erhielten, wurde diese Art der letztwilligen Auflage sehr erleichtert. Jetzt konnte einer solchen mit dem Privileg des Vermächtnisrechts ausgestatteten Genossenschaft ein Vermächtnis zugewendet werden mit der Auflage, hiervon die beabsichtigte Anstalt ins Leben zu rufen. Auch hier war die Dauer der Anstalt gesichert.

6. Noch eine Reihe anderer letztwilligen Verfügungen hat man unter den Gesichtspunkt des Modus bringen wollen. Hierher sind die Fälle zu rechnen, in denen zwei selbständige Testamentsbestimmungen durch den Erblasser in so enge Beziehung zu einander gebracht sind, dass die Rechtsgültigkeit bzw. Nichtigkeit der einen Bestimmung von der anderen abhängt. So wird das Vermächtnis mit der Vormundsbestellung in der Weise verbunden, dass der Vermächtnisnehmer zugleich zum Vormund ernannt wird. Oder der Erblasser legt dem Vermächtnisnehmer zugleich die Pflicht auf, die hinterbliebenen Kinder zu erziehen oder für sein Begräbnis zu sorgen.

In diesen Fällen ist indessen wohl zu erwägen, ob nicht der Wille des Erblassers dahin ging, dass der Vermächtnisnehmer die Zuwendung nur mit der Belastung erhalten sollte. Keineswegs kann man diese Fälle allgemein unter dem Gesichtspunkt der modalen Beschwerungen bringen.

In diesem Zusammenhange sind auch die der Erbeseinsetzung und dem Vermächtnisse ausdrücklich beigefügten Beweggründe zu betrachten. Wo sich der beigefügte Beweggrund auf ein Tun des Bedachten richtet, wird er dem Modus angenähert. Für die Erbeseinsetzung wie für das Vermächtnis gilt allerdings die Regel, dass der Beweggrund der ausdrücklichen

Festsetzung des Erblassers gegenüber nicht in Betracht kommt. Bei der Erbeinsetzung findet die Regel auch strenge Anwendung. Dagegen wurden bei den Vermächtnissen später Ausnahmen gemacht. Das Vermächtnis, bei welchem ein Beweggrund ausgesprochen war, wurde nämlich dann nicht verwirklichst, wenn nachzuweisen war, dass der Erblasser nur aus diesem Motive habe vermachen wollen (si probetur testator alias legaturus non fuisse).

b) 1. Gehen wir setzt zu den Auflagen bei Rechtsgeschäften unter Lebenden über. Hier finden sich zwei unentgeltliche Rechtsgeschäfte, an die eine Auflage geknüpft werden konnte: Die Schenkung und die Freilassung. Die Freilassung erscheint als Geschenk der Freiheit. Als guter Hausvater machte der römische Bürger das Geschenk zumeist nicht ohne jegliche Gegenleistung, sondern liess sich von dem Freizulassenden verschiedenartige Dienstleistungen versprechen. Indessen eine Klage in dem Falle, dass der Freigelassene seine Zusage nicht erfüllte, gab es nicht. Aueh die Wiederentziehung der Freiheit war in Ermanglung eines derartigen Gesetzes nicht möglich. Ein solches Gesetz wurde erst unter Commodus erlassen[2]). Die vindicatio in libertaten, ein Formalgeschäft, welches in älterer Zeit der Freilassung diente, verbot die Beifügung eines Modus. Daher musste man auch hier zu Notbehelfen greifen. Solche waren die eidliche Zusage, dann das Versprechen in Form der stipulatio.

2. Das Schenkungsversprechen, welches in der älteren Zeit in Form der Stipulation abgegeben werden musste, liess formlose Nebenverpflichtungen nicht zu. Man half sich hier dadurch, das man den Geschenknehmer durch Stipulation die Erfüllung der Auflage versprechen liess.

Im weiteren Verlaufe der Kaiserzeit ging indessen das Bestreben dahin, die jederzeitige Rückgewähr der Leistung wie deren Erzwingbarkeit zu gewährleisten.

---

[2]) l 6 § 1 De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis 25,3.

Dem erstgenannten Zweck diente das von Comodus erlassene Gesetz[3]) auf Wiederentziehung der Freiheit, wenn der libertus seinen Verpflichtungen nicht nachkam. Zum Zwecke der Erzwingbarkeit wurde die actio praescriptis verbis gegeben, wenn es sich um eine geldwerte Leistung handelte, zu welcher sich der andere Teil durch Annahme des Geschenkes verbunden hatte. (19 C. donationibus 8,53).

Auch ein Recht des Widerrufs von Schenkungen im Falle der Undankbarkeit des Freigelassenen (l 1 C. revocaudis donationibus 8,56) und wegen nachträglicher Geburt von Kindern des Patrons (l 8 eod.) wurde anerkannt.

Aus dieser kurzen Übersicht geht zur Genüge hervor, dass die Entwicklung des Instituts des Modus erst seit der Kaiserzeit beginnt, und dass von einer einheitlichen Gestaltung des Begriffs sowie der praktischen Handhabung nicht die Rede sein kann.

Eine sichere Gestalt hat die Lehre vom Modus erst im Justinianischen Recht in den zu Anfang dieses Paragraphen erwähnten drei Digestentiteln gefunden. Von diesem Zeitpunkt an kann auch erst von Modus als einen juristischen terminus technicus gesprochen werden.

Für die Ausführung der letztwilligen Auflagen hatten jetzt die Erben zu sorgen; wenn ein öffentliches Interesse vorlag, konnte auch die Obrigkeit Erfüllung verlangen. (D 5, 3,50, 1). Den Modus bei Schenkungen hatte der Schenker oder nach dessen Tode seine Erben zu wahren. Wurde der Modus innerhalb der festgesetzten Zeit nicht erfüllt, so konnte der Schenker mit der condictio ob causam sein Geschenk zurückfordern.

Mit dem corpus juris civilis ist das Institut des Modus in Deutschland recipiert und so in das gemeine Recht übergegangen.

---

[3]) Vgl. Anm 2.

§ 3.

Fortsetzung. Gemeines Recht.

Die gemeinrechtliche Wissenschaft hat auf der Grundlage des Justinianischen Modusbegriffes weiter gebaut. So wurden Auflagen auf Erbeseinsetzungen allgemein anerkannt, wenn sie, wie erwähnt, sich auch aus den römischen Quellen nicht mit Bestimmtheit nachweisen lassen.

Keineswegs sind aber die Anschauungen über den Modus immer die gleichen gewesen, wie eine kurze Übersicht über die Entwicklung des Modus in der gemeinrechtlichen Wissenschaft ergeben wird.

I. Nach der Reception verstand die gemeinrechtliche Lehre unter Auflage die einer unentgeltlichen Zuwendung hinzugefügte Nebenerklärung, welche den Bedachten verpflichtete, gewisse Leistungen aus dem Zugewendeten oder aus seinem eigenen Vermögen zu machen, ohne dass die Wirksamkeit der Zuwendung davon abhängig sein sollte. Unter den Lehrern der gemeinrechtlichen Wissenschaft am Schlusse des 18. Jahrhunderts[1]) machte sich jedoch die Tendenz, geltend, dem Modusbegriff eine erweiterte Fassung zu geben. Modus war ihnen der Endzweck, finis, und war nach ihrer Ansicht bei entgeltlichen wie unentgeltlichen Rechtsgeschäften möglich. Zugleich unterscheiden sie zwei Arten des Modus: den modus qualificatus und den modus simplex. Der modus qualificatus war die einer unentgeltlichen Zuwendung unter Lebenden oder von Todeswegen zugefügte Verwendungsbestimmung. Unter dem modus simplex verstand man den Endzweck lediglich zu Nutzen des Empfängers meist einer unentgeltlichen Leistung. Die Unterscheidung zeigte sich praktisch bei der Rückforderung. Beim modus simplex, der mehr den Charakter eines wohlmeinenden Rates hatte, war die Rückforderung für den Fall, dass dem Rate nicht Folge gegeben wurde, ausgeschlossen, während beim modus qualificatus, der den Bedachten binden sollte, eine Rückforderung wegen Nichterfüllung des Modus gegeben wurde.

[1]) Glürk Bd. IV. S. 450, Thibant. Pandekten § 102.

Naturgemäss konnte diese Lehre vom modus qualificatus und modus simplex nicht ohne Einfluss auf die Gesetzgebung der damaligen Zeit bleiben, und so ist sie denn auch in das preussische allgemeine Landrecht übergegangen.

Später hat man die Unterscheidung der beiden Arten des Modus wieder fallen lassen und den Begriff des Modus auf den modus qualificatus reduziert; namentlich hat man auch mit Recht die Ansicht aufgegeben, dass der Modus auch bei entgeltlichen Rechtsgeschäften vorkommen könne. Denn derjenige, welcher bei einem entgeltlichen Rechtsgeschäft ausser der Gegenleistung eine weitere Leistung, mag mit ihr auch nur etwas Nebensächliches bezweckt sein, verspricht, übernimmt diese Leistung vertragsmässig als Teil seiner Gegenleistung. Dieser Nebenleistung ist mit der Kontraksklage Geltung zu verschaffen; die Eigentümlichkeiten des Modus treten in solchen Fällen nicht ein. Dernburg[2]) meint, es könnten auch bei gegenseitigen Geschäften Anordnungen getroffen worden, auf welche die Grundsätze des Modus anzuwenden seien; dies namentlich dann, wenn die Anordnungen durch Klage nicht erzwingbar seien z. B. der Käufer sollte die Nichte des Verkäufers heiraten.

Dies Beispiel entbehrt indessen der nötigen Bestimmtheit. Es kann im konkreten Falle eine Bedingung beabsichtigt sein, oder die Anordnung nur einen unverbindlichen Rat geben, oder das Motiv enthalten. Ist aber der Kauf um einen Sesterz, um einen Scheinpreis, geschlossen, so liegt kein Kauf sondern eine Schenkung vor; das Gesehäft würde in solchem Falle als datio ob rem aufzufassen sein. Ist die Anordnung der Heirat bei der Bemessung des Kaufpreises berücksichtigt worden, so würden nicht die specifischen Regeln der Auflage, sondern die Regeln über gegenseitige Verträge Anwendung finden, wenn der eine Teil mit der Gegenleistung im Verzuge ist, wenn also in unserem Falle die Heirat unterbliebe. Es muss also

[2]) Pandekten Bd. I. § 115. Anm. 3.

daran festgehalten werden, dass eine Auflage nur bei liberalen Zuwendungen und Verträgen ihre Berechtigung hat.

Von einigen Schriftstellern wird allerdings geleugnet, dass das Vermächtnis eine Liberalität sei; es sei dies in der Regel, aber nicht immer der Fall[3]). Man führt aus, es könne dem Vermächtnisnehmer auferlegt sein, das Vermächtnis einem Nachvermächtnisnehmer herauszugeben; in einem solchen Falle verbleibe dem Vermächtnisnehmer nichts. Mit Recht macht demgegenüber Dernburg[4]) geltend, dass, wenn der Nachvermächtnisnehmer vor dem Erbfalle stirbt, das Vermächtnis dem Legatar verbleibt. » Eine unentgeltliche Zuwendung, die nur unter Eventualitäten Bestand hält, ist aber auch eine Liberalität«.

II. Herkömmlicher Weise fasst man die Auflage mit den Bedingungen und Befristungen als Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte zusammen. Für diese Zusammenfassung war das systematische Bedürfnis massgebend, als man den »allgemeinen Teil« schuf. Im allgemeinen Teil wurden diejenigen Satzungen vorweg behandelt, die sich bei verschiedenen Rechtsverhältnissen des Systems wiederholen können. Die Bezeichnung Nebenbestimmungen für condicio, dies und modus findet sich in den meisten Lehrbüchern und wird regelmässig als selbstverständlich vorausgesetzt, obgleich ein allgemein anerkannter, feststehender Begriff der Nebenbestimmung nicht besteht[5]). Unseres Erachtens lässt sich die Zusammenfassung weder aus der inneren Gleichartigkeit des Wesens von condicio dies und modus, noch aus den Quellen rechtfertigen; denn der Digestentitel D 35, 1, den man zur Rechtfertigung heranziehen könnte, zählt zwar condicio und modus auf, erwähnt aber den dies nicht. Dieses näher zu verfolgen ist hier nicht der Ort. Der Ausdruck Nebenbestimmung kann auch die Meinung nahelegen, als ob es sich bloss um etwas Nebensächliches und Unter-

[3]) Windscheid Bd. III. § 623 Note 5, Lammfromm S. 103 f.
[4]) Pandekten Bd. III § 98.
[5]) Über Nebenbestimmungen vgl. besonders Bekker, Pandekten Bd. II. § 113.

geordnetes handelte. Es wird aber gegen die Bezeichnung nichts einzuwenden sein, wenn man condicio, dies und modus in dem Sinne als Nebenbestimmungen bezeichnet, dass sie nicht zu den dem Geschäfte seinem Begriffe nach wesentlichen Punkten gehören [6]).

III. In neuerer Zeit wird von vielen Juristen die Auflage als eine selbständige Geschäftsform geleugnet Sie subsumieren die Auflage unter den Begriff der Voraussetzung. Nach Windscheid [7]), dem Schöpfer der Voraussetzungslehre, ist die Voraussetzung eine unentwickelte Bedingung. »Wer einen Willen unter einer Voraussetzung erklärt, will ebenfalls, wie derjenige, welcher eine bedingte Willenserklärung abgibt, dass die gewollte rechtliche Wirkung nur bei einem gewissen Zustand der Verhältnisse bestehen solle; aber er geht nicht dazu über, das Dasein der Wirkung von diesem Zustande der Verhältnisse abhängig zu machen. Die Folge davon ist, dass die gewollte rechtliche Wirkung besteht und fortbesteht, auch wenn die Voraussetzung ermangelt. Aber dem wahren, dem eigentlichen Willen des Urhebers der Willenserklärung entspricht dies nicht, und deswegen ist das Bestehen der rechtlichen Wirkung, obgleich formell gerechtfertigt, doch materiell ohne rechtfertigenden Grund. Infolge davon kann der durch die Willenserklärung Beeinträchtigte sich sowohl durch Einrede gegen die aus demselben hergeleiteten Ansprüche schützen, als auch seinerseits einen Anspruch auf Wiederaufhebung der rechtlichen Wirkung gegen denjenigen, zu Gunsten dessen sie eingetreten ist, erheben«.

Kurz ausgedrückt ist also die Voraussetzung jede Annahme und Erwartung, welche eine Partei zum Geschäftsschluss bestimmte.

Wenn demnach bei einer Zuwendung dem Empfänger eine Auflage gemacht würde; so wäre die Erfüllung dieser Auflage die Voraussetzung der Zuwendung.

Gegen die Lehre Windscheids hat sich mit Recht die überwiegende Anzahl der Schriftsteller erklärt [8]). Denn abgesehen davon, dass die Voraussetzungslehre

[6]) Dernburg, Pandekten Bd. I. § 116.
[7]) Pandekten Bd. I. § 97.
[8]) Vor allem Lenel im Archiv f. civ. Praxis Bd. 74 u. 78

eine hinreichende Begründung in den Quellen nicht findet, würde sie auch eine Gefahr für die Sicherheit des Verkehrs bedeuten, zumal es den Verfechtern dieser Lehre nicht gelungen ist, den Begriff der rechtlich erheblichen Voraussetzung gegen das Motiv zum Geschäftsschlusse abzugrenzen. Jede Vertragspartei würde, wenn ihre Annahme und Erwartung sich nicht erfüllte, das zweiseitig bindend Festgestellte anfechten können.

Wollte man die Auflage unter die allgemeine Kategorie der Voraussetzung bringen, wo bliebe da der Zwang zur Erfüllung der Auflage, der regelmässig zum Wesen der Auflage hört? Aber auch zur Rechtfertigung des Rückforderungsrechts bedarf es der Voraussetzungslehre nicht. Denn die Auflage tritt als zweiter Zweck, hinter den ersten Zweck, die Zuwendung zurück[9]). Ausserdem kommt in Betracht, dass das Rückforderungsrecht bei der Auflage in der Undankbarkeit des Beschwerten seinen Grund hat, nicht in der Annahme des Zuwendenden, er mache die Zuwendung nur unter der Voraussetzung, dass der Bedachte die ihm auferlegte Verpflichtung erfülle.

Nach allem dem wird man den Begriff des modus der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre zufolge dahin formulieren können:

Auflage ist die einer liberalen Zuwendung beigefügte Nebenerklärung, durch die der Empfänger zur Verwendung des Empfangenen bezw. seines Wertes oder eines Teiles desselben für einen bestimmten Zweck verpflichtet wird.

§ 4.

Begriff der Auflage nach dem BGB.

I. a) Das BGB. gibt in § 1940 eine Definition der Auflage: „Der Erblasser kann durch Testament den Erben oder Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten, ohne einem anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden".

Der Begriff der Auflage wird hier nach der positiven und negativen Seite hin festgestellt. Die Auflage

[9]) Vgl. Lenel S. 75—77.

charaktersiert sich demnach als eine Verpflichtung des Bedachten, als eine auf die Erbeinsetzung oder das Vermächtnis gelegte Last[1]). Und zwar ist die Auflage eine Belastung eigener Art. Sie bestimmt nicht die rechtliche Natur der Zuwendung, sondern diese ist in ihrer rechtlichen Erscheinung bereits erschöpfend charaktersiert. Aber der Zuwendende, der Erblasser, möchte mit der Zuwendung noch einen anderen, einen Nebenzweck, erreichen, deshalb fügt er der Zuwendung die Auflage hinzu, um durch deren Erfüllung zugleich noch einen weiteren Erfolg ausser dem Zwecke der Zuwendung zu erzielen. Primär steht der Zweck der Zuwendung, die aber durch die Hinzufügung der Auflage eine Beschränkung erleidet.

Die Zuwendung und die Auflage stehen allerdings in einem Connex, aber sie stehen sich unvermittelt gegenüber. Nicht ist die Auflage die Gegenleistung für die Zuwendung. Die Zuwendung bleibt Zuwendung, wenngleich sie durch die Auflage im Erfolge beschränkt wird.

Das Wesen der Auflage als einer auf die Zuwendung gelegten Last zeigt sich auch darin, dass regelmässig der Empfänger der Zuwendung nur insoweit zur Vollziehung der Auflage verpflichtet wird, als er durch die Zuwendung etwas erhält (vgl. § 2187 hinsichtlich des Vermächtnisnehmers). Dem Erben sind bezüglich der Auflagen Erleichterungen für die Geltendmachung der beschränkten Haftung gegeben. Haftet er noch nicht unbeschränkt (§§ 1994, 2005 Abs. 1, 2006 Abs. 3) — es sind dies die Fälle schuldhaften inkorrekten Verhaltens des Erben, die seine unbeschränkte Haftung nur als gerecht erscheinen lassen —, so braucht er die Auflagen nur aus dem Bestand des Nachlasses zu erfüllen (§§ 1972, 1992). Wenn freilich der Schwerpunkt der Zuwendung in der Erfüllung der Auflage liegt, so wird der s. g. Vermächtnisnehmer nur als Mittelsperson, als Testamentsvollstrecker anzusehen sein.

Nach der negativen Seite bestimmt § 1940 den Begriff der Auflage dahin, dass einem anderen kein

[1]) Vgl. Crome, Part. Rechtsgesch. S. 529 ff.

Recht auf die Leistung zusteht. Damit wird zum Unterschied vom Vermächtnis der Nachdruck auf die objektive Zweckerfüllung gelegt. Der bezweckte Erfolg soll durch die Belastung herbeigeführt werden.

b) Darf nun die Begriffsbestimmung, wie sie das BGB. für letztwillige Auflagen gibt, auch auf die Auflage bei der Schenkung übertragen werden?

Im gemeinen Recht herrschte über die Natur der donatio sub modo Streit.

1. Savigny[2]) hält die donatio sub modo für einen Jnnominakontrakt. Der Schenkungsbestandteil bilde das Entgelt für die Erfüllung der Auflage.

Aber bei der donatio sub modus wird nicht ein Austausch gegenseitiger Leistungen beabsichtigt. »Sondern das Geschäft wird mit einer Zuwendung bestimmter Art eröffnet, welcher im Augenblicke ihres Vollzuges noch kein Versprechen des Beschenkten gegenübersteht«[3]). Die Zuwendung kann deshalb nicht als Erfüllung eines obligatorischen Vertrages betrachtet werden.

2. Erxleben selbst[4]) behandelt die donatio sub modo als eine Art datio ob rem. Die Schenkung unter einer Auflage sei ein aus Schenkung und Verpflichtung gemischtes, doch keineswegs zusammengesetztes Geschäft. Der Schenker habe beide Zwecke in untrennbarer Verbindung gewollt. Diese ständen sich aber nicht gleichwertig gegenüber, sondern die Schenkung sei nur das Mittel zur Erfüllung der Auflage.

Aber bei der donatio sub modo ist es dem Geber hauptsächlich um eine vermögensrechtliche Gunst zu tun. Die donatio sub modo ist nur Schenkung, nicht Vermischung von donatio und Zweckgabe.

3. Nach der Ansicht Scheurls[5]) ist die donatio sub modo ein gegenseitiger Vertrag. Der Beschenkte mache sich durch Eingehung des Schenkungsvertrages, wozu ihm der Antrag sub modos gemacht sei, vertragsweise zur Erfüllung der Auflage verbindlich.

---

[2]) System Bd. IV § 173.
[3]) Erxleben, die condictiones sine sausa S. 294.
[4]) l. c. S. 255 ff.
[5]) Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften S. 245.

Nach dieser Ansicht wäre die donatio sub modo unter die Arbeitsverträge zu stellen.

4. Nach Wendt[6]) ist die donatio sub modo eine Zuwendung, deren causa eine gemischte ist, einmal eine causa praesens, als causa donandi, zum Unterschied von der datio ob rem und sodann eine causa futura, im modus enthalten und darin bestehend, dass der Beschenkte etwas tun oder lassen soll, zum Unterschied von der reinen Schenkung. Beide Zwecke stehen aber völlig gleich einander gegenüber und sind in untrennbarer Verbindung gewollt. Daraus erklären sich die Abweichungen der Rechtswirkungen, die sonst jedem dieser Zwecke für sich folgen. Weil eine donatio vorliegt, kann der Schenker die Zuwendung nicht sofort widerrufen, wie er sonst könnte, wenn nur eine datio ob rem vorläge. Weil aber Schenker zugleich gibt, ut aliquid fiat, so gibt es für ihn eine beschränkte Rovokation, obwohl eine blosse donatio, falls sie gültig vollzogen ist, nur aus wenigen gesetzlichen Gründen widerrufen werden könne (Semel perfecta donatio revocari non potest Cod 4, 6, 67).

5. Windscheid[7]) lehrt, dass der Grund, aus dem der Schenker Erfüllung der Auflage verlangen kann, in dem von dem Beschenkten durch die Annahme der Schenkung stillschweigend abgegebenen Versprechen liegt.

Nach dem Aufbau des BGB. ist die Auflage bei der Sshenkung eine auf die Schenkung gelegene Last, eine Beschränkung der Liberalität. Die Auflage ist nicht Entgelt auch nicht teilweises Entgelt für die Vermögenszuwendung. Keineswegs hat die Schenkung unter einer Auflage den Charakter einer gegenseitigen Vertrages. Das preussische allgemeine Landrecht stellt freilich in dem Falle, wo die Auflage im Interesse des Schenkers oder eines Dritten getroffen ist, die Präsumtion auf, dass solche Geschäfte im Zweifel als lästige anzusehen seien, I, 11, § 1053: »Schenkungen, welche unter einer vom Geschenknehmer zu leistenden Be-

[6]) Reurecht und Gebundenheit S. 64. Ähnlich Karlowa, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung S. 174, Benner, die donatio sub modo S. 11 u. 12.

[7]) Pandekten Bd. III § 368.

dingung oder zu einem gewissen von ihm zu erfüllenden Endzweck versprochen oder gegeben worden sind, sind in zweifelhaften Fällen den lästigen Verträgen gleich zu achten". Dem ist nicht beizutreten. Denn bei der Schenkung unter einer Auflage ist das treibende Motiv der Wille zu schenken. Um der Bereicherung des Beschenkten willen wird an das ganze Geschäft herangetreten, und erst in zweiter Linie kommt der vom Schenker durch die Auflage verfolgte Zweck in Betracht. Dieser Zweck ist indessen im Verhältnis zum Bereicherungszweck nur Nebenzweck. Ein gegenseitiges Geschäft begreift aber einen Wertausgleich der Leistungen in sich. Dies wird nun durch die Auflage nicht beabsichtigt. Denn es ist nicht der Wille des Schenkers, durch die Auflage den der Auflageleistung entsprechenden Teil der Schenkung zu paralysieren. Wenn das der Wille des Schenkers wäre, so hätte er diesen Teil garnicht erst geschenkt: er will vielmehr den ganzen Betrag schenken in der Hoffnung, die Schenkung werde dem Beschenkten als Motiv zur Annahme der Auflage dienen, sollte diese auch sein nunmehriges Vermögen mindern und so de facto einen Teil der erhaltenen Bereicherung wett machen.

Die Auflage ist nicht als eine sofort mit der Vereinbarung entstehende und nur im Vollzuge von der Vorleistung des Beschenkten abhängige zu betrachten, sondern sie entsteht erst, wenn der Schenker seinerseits geleistet hat. Der Beschenkte verpflichtet sich zur Ausführung der Auflage nicht gegen das Versprechen des Geschenkes, sondern nach dem Sinne des Kontrakts soll er durch das Geschenk zur Vollziehung seines Auflageversprechens obligiert werden. Dies gelangt in § 525 zum deutlichen Ausdruck: Hat der Schenker seinerseits nicht erfüllt, so kann er die Vollziehung der Auflage nicht verlangen. Diese Norm bedeutet nicht nur eine Hinausschiebung der Fälligkeit der Forderung auf Vollziehung, vielmehr ist diese Forderung abhängig von der Ausführung des Geschenkes.

Durch die Verweisung des § 527 auf die für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen könnte die Vermutung nahegelegt

werden, dass das BGB. die Schenkung unter einer Auflage als gegenseitigen Vertrag aufgefasst wissen wolle. Aber die Verweisung ist offenbar nur zum Zwecke einer kurzen Fassung geschehen, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden. Dass man auch in der zweiten Kommission die modale Schenkung nicht als gegenseitigen Vertrag ansah, geht aus dem Bedenken hervor, das man gegen die Verweisung geltend mache. „Bei den gegenseitigen Verträgen handele es sich vorzugweise um Verkehrsgeschäfte, welche strenge Bestimmungen hinsichtlich des Rücktrittsrechts erheischten; diese strengeren Grundsätze seien nicht ohne weiteres auf die Schenkung unter einer Auflage anzuwenden, weil dies Geschäft wesentlich anderen wirtschaftlichen Zwecken diene". Unzweideutig geht aber aus § 527 selbst hervor, dass die donatio sub modo kein gegenseitiger Vertrag ist. Denn wenn die Vollziehung der Auflage unterbleibt, soll der Schenker die Herausgabe des Geschenkes nur insoweit fordern können, als es zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen. Würde man einen gegenseitigen Vertrag annehmen, so hätte die Herausgabe des ganzen Geschenkes zu erfolgen.

Auch bei der Schenkung unter einer Auflage äussert sich die Natur der Auflage als einer Belastung der Schenkung darin, dass der Beschenkte zur Vollziehung der Auflage regelmässig nur insoweit verpflichtet ist, als er die Zuwendung selbst erhalten hat. (Vgl. § 525).

Bisweilen kann es zweifelhaft sein, ob eine Schenkung unter einer Auflage vorliegt, oder eine datio ob causam, namentlich in dem Falle, wo das zur Vollziehung der Auflage zu Verwendende annähernd oder ganz dem Werte der Zuwendung gleich kommt. Es kommt dann auf die subjektive Bestimmung der Kontrakenten an. Man muss eine Schenkung annehmen, wenn es dem Zuwendenden in erster Linie darum zu tun war, dem Empfänger der Zuwendung eine vermögensrechtliche Gunst zu erweisen, womit sich die Herbeiführung des mit der Auflage bezweckten Erfolges als Nebenwirkung verband. Liegt aber nach der Absicht der Parteien der Hauptzweck in der Erfüllung

der Verpflichtung, so ist das Geschäft als Zweckgabe anzusehen (vgl. l 19 § 6 D. de donationbus 39,5 : Denique Pegasus putabat, si tibi centum spospondero hac conditione si jurasses te nomen meum laturum non esse donationen, quia ob rem facta est, res secuta est).

Nach § 1940 begründet die Auflage eine Verpflichtung zu einer Leistung, ohne dass ein anderer ein Recht auf die Leistung erlangt. Prima facie könnte es scheinen, als ob dieses negative Requisit des § 1940 bei der Schenkung unter einer Auflage fehle. Denn unter Umständen ist die Möglichkeit vorhanden, dass der dritte Begünstigte ein Forderungsrecht erwirbt (vgl. § 330 Abs. 2).[8] Indessen ist dies ein singulärer Fall, der die Regel nicht alteriert; denn die rechtliche Natur ist aus dem Regelfalle, nicht aus der Ausnahme zu erforschen.

II. Nach der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre ist eine Auflage nur bei unentgeltlichen Rechtsgeschäften möglich. Dies gilt auch für das B. G. B. Denn die einschlägigen Institute, bei denen die Auflage im B. G. B. behandelt wird, nämlich die Schenkung und letztwilligen Verfügungen, sind unentgeltliche Zuwendungen.

Dass das Vermächtnis nach dem B. G. B. eine Liberalität ist, folgt aus § 1939 (Vermögensvorteil). Dass aber der Vermächtnisnehmer unter Umständen eine Vermögensvermehrung nicht erhält (vgl. § 2187) nimmt dem Vermächtnis, abgesehen davon, dass dieser Fall selten ist,[9] aus den schon oben in § 3 erwähnten Gründen nicht den Charakter der Liberalität.

Zweifel könnten in dieser Hinsicht bei der Erbeseinsetzung entstehen, weil das B. G. B. die Quarta Falcidia nicht aufgenommen hat, ja es unter Umständen dahin kommen kann, dass der Erbe über den Betrag der Erbschaft hinaus noch mit seinem eigenen Vermögen haften muss. Indessen kann der vorsichtige Erbe die Haftung ultra vires hereditatis durch die ihm zu Gebote stehenden Mittel abwenden. Ausserdem greift das für die Vermächtnisse Gesagte auch hier Platz.

[8]) Hiervon wird noch weiter unten im § 18 die Rede sein.
[9]) Motive Bd. V S. 206.

III. Im gemeinen Recht[10] fasste man den Modus mit dies und condicio unter der Bezeichnung Nebenbestimmungen zusammen. Das B. G. B. verwendet diese Bezeichnung nicht. Die Motive[11] begründen dies damit, dass für eine Zusammenfassung unter einer einheitlichen Bezeichnung kein zwingendes Bedürfnis vorliege, und dass die Ausdrucksweise auch keineswegs einwandfrei sei. Dem ist besonders hinsichtlich der Auflage beizutreten. Denn die Bezeichnung Nebenbestimmung ist ein Erzeugnis des systematischen Bedürfnisses. Da nun die Auflage als allgemeines Rechtsinstitut nicht erwähnt wird, sondern bei den einschlägigen Stellen seine Erledigung gefunden hat, so besteht in der Tat auch keinerlei Bedürfnis nach einer zusammenfassenden Ausdrucksweise. Hinzukommt, dass, wie noch weiter unten zu erörtern ist, die Auflage einen selbständigen Charakter hat. Sie ist nicht ein integrierender Bestandteil des Geschäfts; das Geschäft verfolgt seinen Hauptzweck, die Auflage einen selbständigen Nebenzweck in Verbindung mit dem Hauptzweck. Die Ungültigkeit der Auflage z. B. weil sie unsittlich ist, infiziert nicht das Hauptgeschäft. Deutlich ergibt sich die selbständige Bedeutung der Auflage aus § 2195.

Als Konsequenz der selbständigen Bedeutung der Auflage ergibt sich bei der Schenkung unter einer Auflage, dass die Auflage nicht der Form bedarf, welche für das Schenkungsversprechen vorgeschrieben ist.

Ist das Schenkungsversprechen in gerichtlicher oder notarieller Form abgefasst und vom Beschenkten angenommen, so kann die Auflage in gültiger Weise formlos verabredet werden. Die erschwerte Form des Schenkungsversprechens soll den Schenker zu ernster Überlegung Anlass geben, sie ist nur insowiet erfordert, als der Schenker ein ihm nachteiliges Versprechen abgibt. Für die Auflage bedarf es daher der Form nicht. Die Verpflichtung des Beschenkten zur Vollziehung der Auflage wird freilich erst mit der Erfüllung des Schenkungsversprechens begründet. Unter Um-

[10]) vgl. oben § 3.
[11]) Motive Bd. I, S. 249.

ständen wird allerdings auch für die Auflage eine besondere Form erforderlich sein, namentlich wenn der Inhalt der Auflage eine Form erheischt. vgl. z. B. § 310 B. G. B.

IV. Kurz muss hier noch die Stellung des B. G. B. zur Windscheidschen Voraussetzungslehre erwähnt werden. Die Beifügung einer Auflage wird prinzipiell keineswegs als identisch mit der Voraussetzung betrachtet. Die Moitve[12] bemerken hierzu, die Lehre von der Voraussetzung habe zur Zeit noch nicht diejenige Durchbildung und Anerkennung erfahren, welche es unbedenklich erscheinen liessen, auf ihr gesetzgeberische Bestimmungen aufzubauen. Berücksichtigt ist die Lehre von der Voraussetzung bei der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 813 ff.), bei welcher sie auch im gemeinen Recht grosse Bedeutung hat, sowie in den §§ 779, 2078. Von diesen Fällen abgesehen hat die Voraussetzung nur die Bedeutung eines die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht berührenden Beweggrundes. Die Richtigkeit des Standpunktes der Motive erhellt aus Folgendem:

Wenn der Modus durch Zufall nicht erfüllt werden kann, so wird das Geschäft wie ein ohne Modus eingegangenes behandelt. Bewährt sich dagegen die Voraussetzung durch Zufall nicht, so kann das Geschäft angefochten worden.

2. Abschnitt.

Abgrenzung der Auflage gegenüber verwandten Rechtserscheinungen.

§ 5.

Auflage und Bedingung.

In zahlreichen Fällen kann es zweifelhaft sein, ob wirklich in concreto eine Auflage vorliegt. Es ist daher nötig, die Auflage gegenüber verwandten Rechts-

[12]) Band II, S. 249.

erscheinungen abzugrenzen. In Betracht kommen hier vorzugsweise: 1) die Bedingung, 2) der blosse Rat oder Empfehlung und das Motiv, 3) die Verträge zu Gunsten dritter und 4) die Stiftung.

I) Das Verhältnis der Auflage zur Bedingung kann man treffend mit der Antithese bezeichnen: die Bedingung suspendiert (den Erwerb) zwingt aber nicht (zur Erfüllung des in der Bedingung liegenden Zweckes); der Modus zwingt, suspendiert aber nicht. Bei der Auflage erwirbt also der Beschwerte sofort volles umgebundenes Eigentum, er mag die Verpflichtung erfüllen oder nicht.

Ein Schwebezustand wie bei der aufschiebenden Bedingung fehlt bei der Auflage, ebenso hat sie auch keine kraft Rechtsvorschrift eintretende, dinglich wirkende Kraft wie die auflösende Bedingung.

Der Schenker resp. der Erblasser kann auf Erfüllung der Auflage klagen, eine Klage auf Erfüllung der Bedingung giebt es nicht.

Die Auflage kommt ferner nur bei unentgeltlichen Zuwendungen vor; dagegen sind Bedingungen bei entgeltlichen wie unentgeltlichen Rechtsgeschäften anwendbar.

II) Beim Zweifel, ob Bedingung oder Auflage wird man sich der Entscheidung des Modestnius libro X responsorum l 44 D de mannmissionibus 40,4 anzuschliessen haben, wonach man sich für die Auflage als geringere Belastung entscheiden muss. Ebenso bestimmt das beyerische Landrecht Teil III Titel 3 § 11 Nr. 3: in dubio ist mehr pro modo, causa, demonstratione als pro condicione zu präsumieren.

Der Grund für diese Präsumtion liegt im allgemeinen Interesse und der Annahme für den Rechtsbestand eines jeden Rechtsgeschäfts, welches durch eine Auflage gesichert, bei einer Bedingung aber völlig unsicher ist.

§ 6.

Auflage und Empfehlung, Rat oder Motiv.

Die Auflage verpflichtet den Beschwerten, die Anordnung des Zuwendenden zu erfüllen. Es kann sich

indessen aus den Anordnungen des Zuwendenden ergeben, dass mit ihnen nicht beabsichtigt ist, den Beschwerten bindend zu verpflichten, wie es namentlich dann der Fall ist, wenn die Anordnung im eigenen Interesse des Honorierten getroffen ist.[1] In einem solchen Falle liegt keine Auflage vor, deren Vollziehung durch Klage erzwungen werden könnte; sondern die Anordnung hat nur die Bedeutung einer Empfehlung, eines Rates oder eines Wunsches, »dessen Befolgung man von der Dankbarkeit, dem Anstandsgefühl des anderen Teiles erwartet.« Oder die Anordnung giebt nur einen Anhalt für das Motiv, das den Zuwendenden bei der Zuwendung leitete.

Ob eine Auflage oder bloss ein unverbindlicher Rat, Wunsch, Empfehlung (nudum praeceptum) oder das Motiv vorliegt, dafür sind die Umstände des konkreten Falles massgebend. Entscheidend ist die subjektive Bestimmung des Zuwendenden; die Anordnung der Auflage muss dem aninus obligandi entspringen.

Sodann wird auch zu erwägen sein, ob die Anordnung rechtlich erzwingbar ist, und ob ein schutzwürdiges Interesse vorliegt.

§ 7.

Auflage und Verträge zu Gunsten Dritter.

Die Auflage ist die Verpflichtung des Beschwerten zu einer Leistung. Diese Auflage kann auch im Interesse eines Dritten angeordnet; der Dritte also Destinatär der Leistung sein. Allein ein Recht auf die Leistung hat der Dritte nicht. Dies letztere Moment hebt die Auflage von dem Versprechen einer Leistung zu Gunsten Dritter ab, wo der Dritte selbst die Leistung fordern kann. Der Unterschied zeigt sich besonders auch in dem Falle, wenn der begünstigte Dritte die Leistung ablehnt.

Alsdann ist nach dem Schlusssatz des § 527 der Beschenkte überhaupt frei, während bei einem Vertrage zu Gunsten Dritter in einem solchen Falle der Schuldner nicht frei wird.

[1]) Vgl. weiter unten § 11.

Dass allerdings bei der Schenkung unter einer Auflage zu Gunsten Dritter der Dritte unter Umständen selbst forderungsberechtigt wird § 330 BGB. ist eine Singularität.[1]

§ 8.

Auflage und Stiftung.

Im Leben werden häufig Schenkungen oder letztwillige Zuwendungen an Korporationen oder öffentliche Anstalten zu einem bestimmten Zwecke gemacht. Im Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens werden derartige Zuwendungen unter einer Auflage häufig fälschlich als Stiftungen bezeichnet. Beides ist aber von einander zu scheiden.

Die Stiftung ist ein auf Grundlage des Stiftungsvermögens gebildeter sozialer Organismus, sie ist eine juristische Person. Bei der Auflage handelt es sich dagegen um die Erfüllung eines Zweckes, dessen Bedeutung und Inhalt nicht zur Erzeugung eines selbständigen Willensträgers ausreicht. Sie begnügt sich mit der aus der unentgeltlichen Zuwendung entstehenden Verpflichtung und lässt diese selbst in das Vermögen des mit der Auflage Belasteten übergehen.[1]

Wenngleich so allerdings im praktischen Erfolge die Stiftung und die Auflage sich nahe berühren, so wird die Unterscheidung, wie Endemann treffend hervorhebt, von wesentlicher Bedeutung für die Gläubiger des mit einer Auflage Belasteten. Sie können die Zuwendung ohne Rücksicht auf die Auflage ergreifen, während eine Stiftung nur aus den eigenen Schulden haftet.

---

[1]) Vgl. § 4 Anm. 8; und § 18, I 3.
[1]) Endemann Bd. III § 73.

II. Teil.

Erfordernisse der Auflage, damit deren Vollziehung verlangt werden kann.

1. Abschnitt.

Die Anordnung der Belastung.

§ 9.

Der Anordnende.

Die Auflage ist die Anordnung einer Belastung, darin bestehend, dass der Belastete zu einer Leistung verpflichtet wird. Die Elemente, aus denen die Auflage sich also zusammensetzt, sind: 1) Anordnung einer Belastung 2) diese Belastung ist Verpflichtung zu einer Leistung.

Dies weist darauf hin, dass wir zunächst die Anordnung der Auflage, und sodann den Inhalt der Auflage, die Leistung, betrachten haben.

Die Anordnung der Auflage setzt notwendig zwei Personen voraus, 1) eine Person, welche die Auflage anordnet 2) eine mit der Auflage belastete Person. Hieran schliesst sich des weiteren die Frage, wer Destinatär der Auflage sein kann, und in wessen Interesse eine Auflage angeordnet werden kann.

Die Frage, wer eine Auflage anordnen, und wer mit einer Auflage beschwert werden kann, beantwortet sich naturgemäss bei der Schenkung unter einer Auflage und den letztwilligen Auflagen verschieden, und ist daher gesonderte Betrachtung erforderlich.

Bei der einer Schenkung beigefügten Auflage kann die Auflage von jedem angeordnet werden, der einer

anderen Person durch Schenkung eine Vermögenszuwendung macht. Bezüglich der Geschäftsfähigkeit u. s. w. bewendet es bei den allgemeinen Vorschriften.

Eine letztwillige Auflage anordnen kann nur der Erblasser. Dies ergiebt sich aus den §§ 1940, 1941 BGB.

§ 10.

Der Beschwerte.

Beschwert mit der durch die Auflage auferlegten Leistung ist der Zuwendungsempfänger. Daher ist die Anordnung, dass ein Dritter etwas leisten solle, oder die Anordnung, dass die Zuwendung der Verfügung des Empfängers entzogen sein soll, keine Auflage.[1]

I) Bei der modalen Schenkung ist der Beschwerte selbstverständlich der Beschenkte und dessen Erben.

II) Was die letztwilligen Auflagen betrifft, so ist nach gemeinem Recht belastungsfähig, wer von Todeswegen aus dem Vermögen des Erblassers etwas erhält, was dieser ihm zuteilte oder willkürlich entziehen konnte (l 1 § 6 D de leg. III. Ulpianus li bro 1 fideisommissorum: Sciendum est autem eorum fidei committi quem posse, ad quos aliquid perventurum est morte eius dum eis datur vel dum eis non adimitur); also: die Intestat- und Testamentserben, Vermächtnisnehmer, auf den Todesfall widerruflich Beschenkte, wer condicionis implendae causa etwas empfing und die Erben aller dieser Personen, ferner der Inhaber der väterlichen Gewalt, dem der Erwerb des irgendwie bedachten oder nicht ausgeschlossenen Hauskindes zu statten kommt.[2]

Nach §§ 2192, 2147 BGB. kann der Erbe und der Vermächtnisnehmer belastet werden. Über die Tragweite des § 2147 besteht in der Litteratur eine Meinungsverschiedenheit. Nach der einen Ansicht ist strikt zu interpretieren, die andere Ansicht redet einer extensiven Interpretation im Sinne der gemeinrechtlichen Doktrin das Wort.[3]

---

[1]) Regelsberger, Pandekten § 166.

[2]) Dernburg, Pandekten Bd. III § 103, 3; Windscheid, Pandekten Bd. III § 626, 1; Kipp. Wer kann nach deutschen bürgerl. Recht mit Vermächtnissen belastet werden? S. 1 u. 2.

Nach dem Wortlaut des § 2147 vbd. mit § 2192 kann also ganz gewiss der Erbe und der Vermächtnisnehmer mit Auflagen belastet werden, in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht. Die Möglichkeiten, welche sich hier ergeben, sollen zunächst erörtert werden. Sodann wird zu untersuchen sein, ob § 2147 strikte, oder extensiv zu interpretieren ist, wobei zweckmässig die übrigen Belastungsmöglichkeiten des gemeinen Rechts an den Massstabe der positiv gesetzten Normen des BGB. auf ihre Geltung nach Reichsrecht zu prüfen sind.

A 1) § 2147 bestimmt ausdrücklich, dass der Erbe belastet werden kann. Als Erbe im Sinne dieser Vorschrift gilt der Intestat-, wie Testaments-, wie Vertragserbe. Die Beschwerung des Vertragserben kann sowohl vertragsmässig (§ 2278) als auch im Wege einer letztwilligen Verfügung erfolgen (§ 2299). Nach Abschluss des Erbvertrages kann dem Vertragserben eine Auflage durch einseitige letztwillige Verfügung nicht mehr auferlegt werden. (§ 2289 Abs. 1 Satz 2,[4]) — auch nicht mit Zustimmung des anderen Vertragschliessenden (arg § 2291), — es sei denn, dass der Erblasser sich in dem Erbvertrage das Recht dazu vorbehalten hat; denn in diesem Falle ist keine Beschränkung des Vertragserben vorhanden, weil der Vertragserbe ja mit dieser vorbehaltenen Beschränkung Erbe geworden ist.

Dagegen kann der Vertragserbe unbedenklich durch Vertrag der Kontrahenten des Erbvertrages (§§ 2290, 2276) nachträglich mit einer Auflage belastet werden, ebenso durch gemeinschaftliches Testament der Ehegatten, die den Erbvertrag geschlossen haben. (§ 2292). Eine nachträgliche Beschwerung des Vertragserben mit einer Auflage kann auch noch in dem Falle stattfinden, wo sich der Erblasser das Rücktrittsrecht vorbehalten hat. (§ 2293). Ist der Rücktritt durch gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung von den anderen Ver-

---

[3]) Vor allem Meischeider, die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB. S. 327 f; auch Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 364 ff.

[4]) Vgl. Kipp a. a. O. S. 6 u. 7.

tragschliessenden vollzogen, so kann der Erblasser den Vertragserben von neuem, aber nunmehr unter Belastung mit einer Auflage einsetzen.

Der Erblasser kann auch den Ersatzerben mit einer Auflage beschweren, während der von erster Stelle Eingesetzte ohne diese Belastung ernannt ist.

Bei der Nacherbfolge kann der Erblasser sowohl dem Vorerben allein, wie auch dem Nacherben allein eine Auflage auferlegen, so dass gegebenen Falles jeder persönlich für die Erfüllung der Auflage haftet. Hat der Erblasser aber keine ausdrückliche persönliche Belastung des Vor- oder Nacherben angeordnet, so liegt die Last auf der Erbschaft als solcher. Hat daher der Vorerbe die Auflage erfüllt, so kann er, wenn der Fall der Nacherbfolge eintritt, das zur Vollziehung der Auflage Aufgewendete dem Nacherben in Rechnung stellen.

Ist weder ein Verwandter noch ein Ehegatte des Erblassers vorhanden, so kommt in letzter Linie auch der Fiskus als Träger der Auflageverbindlichkeit in Betracht.

2. Weiter benennt § 2147 ausdrücklich den Vermächtnisnehmer als mit einer Auflage belastbar. Vermächtnisnehmer ist sowohl der durch letztwillige Verfügung wie der durch Vertrag ernannte. Für den letzteren gilt das für den Vertragserben gesagte, jedoch mit der Besonderheit, dass eine nachträgliche Belastung mit einer Auflage auch durch einseitige letztwillige Verfügung, wozu die Zustimmung des anderen Vertragsschliessenden erforderlich ist, erfolgen kann. (Vgl. § 2291). Man wird ferner mit Kipp[5] auch die Belastung des Voraus (§ 1932) und des Dreissigsten (§ 1969) mit einer Auflage zulassen müssen. Ob man freilich in den Fällen der §§ 1932, 1969 von »gesetzlichen Vermächtnissen« sprechen kann, mag dahingestellt bleiben; ich möchte dieser Bezeichnung nicht zustimmen.

3. Die Norm des § 2147, dass der Erbe oder der Vermächtnisnehmer beschwert werden kann, trifft auch in folgendem Falle zu:

Nach § 2301 Abs. 1, finden auf ein Schenkungsversprechen, welches unter der Bedingung erteilt ist,

[5]) l. c. S. 8.

dass der Beschenkte den Schenker überlebt, die Vorschriften über Verfügung von Todeswegen Anwendung. Bezieht sich nun das Schenkungsversprechen auf das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen des Schenkers oder auf einen Bruchteil dieses Vermögens, so liegt ein Erbeinsetzungsvertrag vor. Betrifft es, was die Regel sein wird, nur einzelne Gegenstände, so ist es als Vermächtnisvertrag zu behandeln.

Vollzieht der Schenker die Schenkung durch Leistung des Gegenstandes, so finden die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung (§ 2301 Abs. 2); das Gleiche gilt, wenn nach Abgabe und Annahme des Schenkungsversprechens von Todeswegen der Schenker das Schenkungsversprechen durch Leistung vollzieht, und die Vollziehung angenommen wird. Wird in diesen Fällen dem Beschenkten eine Auflage auferlegt, so finden für diese die Normen über die Auflage bei der Schenkung Anwendung. (§ 525 ff).

Man wird in diesen Fällen die Auferlegung einer Auflage in dem Sinne zu verstehen haben, dass die Leistung erst nach dem Tode des Schenkers gemacht werden soll.

B) Die bisher berührten Fälle der Zulässigkeit der Belastung mit einer letztwilligen Auflage werden sämtlich durch den Wortlaut des § 2147 gedeckt; nunmehr soll untersucht werden, ob die noch übrigen Fälle der Belastungsfähigkeit nach gemeinem Recht, die der Wortlaut des § 2147 nicht mit umfasst, für das BGB. Geltung haben.[6]

1. Nach gemeinem Recht konnte auch der Erbe des Erben oder des Vermächtnisnehmers mit einer Auflage belastet werden. Nach dem BGB. ist aber die Möglichkeit einer selbständigen Belastung des Erbeserben von der Hand zu weisen; »es giebt nur eine Belastung des Erben mit Befristung bis an seinen Tod.«[7] Hat nun der Erblasser den Erbeserben mit einer Auflage belastet, so wird eine solche Anordnung nach dem

[6]) Die folgenden Ausführungen schliessen sich an die durchschlagend begründeten Untersuchungen Klipp's an.

[7]) Klipp, l. c. S. 12.

Grundsatz des § 2084 als eine dem Erben auferlegte Auflage mit Befristung bis an seinen Tod zu behandeln sein. Denn nur diese Auffassung der Anordnung des Erblassers wird allein dem praktischen Bedürfnisse gerecht und führt zu einem den Bestand der Auflage sichernden Ergebnis, während die Annahme einer selbständigen Belastung zu unerquicklichen und unpraktischen Konsequenzen führt und unter Umständen die Vollziehung der Auflage gefährden oder unmöglich werden lassen kann, was doch sicherlich dem Willen des Erblassers nicht entspricht. Die Richtigkeit der ersteren Auffassung wird sich aus Folgendem ergeben: Bei der Annahme der Belastung des Erben mit Befristung bis an seinen Tod, wird die Auflage erst mit dem Tode des belasteten Erben fällig, und die Auflagelast geht allerdings auf den Erben des Erben über. (§ 1967 Abs. 2.) Aber diese Auflage ist und bleibt eine Auflage zu Lasten des Erben, und nicht eine solche zu Lasten des Erbeserben. Denn der Erbeserbe haftet prinzipiell in der gleichen Weise wie der Erbe; der Umfang der Haftung des Erben ergiebt sich wiederum aus der Regulierung des Nachlasses des ersten Erblassers, bei welcher auch die befristete Auflageverbindlichkeit zu berücksichtigen ist. Der Umfang der prinziellen Haftung des Erbeserben bemisst sich wiederum nach der Höhe des Nachlasses des Erben. Ob der Nachlass des Erben noch aus der Erbschaft des ersten Erblassers bereichert ist, bleibt dabei gleichgültig. In der Erbeserbschaft nimmt die Auflage die Stellung einer Nachlassverbindlichkeit ein und hat dadurch eine vorteilhafte Stellung gegenüber den persönlichen Gläubigern des Erben, eine Stellung die noch dadurch bemerkenswert ist, dass die Auflage auch in Hinsicht auf den Nachlass des ersten Erblassers Nachlassverbindlichkeit ist.

Soll dagegen die Auflage den Erbeserben selbstständig belasten, so kann die Auflage weder bei der Regulierung des Nachlasses des ersten Erblassers, da die den Erben nicht belastet, noch des zweiten Erblassers, da sie keine von ihm herrührende Schuld oder eine auf seinem Nachlass ruhende Verbindlichkeit ist, berücksichtigt werden. Es würde demnach keine andere

Möglichkeit übrig bleiben, als die dem Erbeserben auferlegte Auflage als eine persönliche Belastung aufzufassen. Hierbei würden sich aber, ganz abgesehen davon, dass die Auflage nach unserer Begriffsbestimmung eine auf die Zuwendung selbst gelegene Last ist, Schwierigkeiten hinsichtlich des Umfanges, in welchem der Erbeserbe für die Vollziehung der Auflage haftet, ergeben. Man könnte sagen, der Erbeserbe hafte insoweit, als die ihm angefallene Erbschaft noch aus dem Nachlasse des ersten Erblassers bereichert ist. Dann würden sich aber, von der Schwierigkeit einer solchen Konstruktion abgesehen, noch grössere Schwierigkeiten in der praktischen Durchführung ergeben. Denn in der Regel wird es kaum gelingen, festzustellen und nachzuweisen in wieweit die Erbeserbschaft noch von dem ersten Erblasser her bereichert ist, und die Erfüllung der Auflage daher höchst unsicher bleiben. Sollte aber sich auch ausnahmsweise der Betrag der Bereicherung einmal feststellen lassen, so hätte doch die Auflageverbindlichkeit den persönlichen Gläubigern gegenüber nicht die Vorteile einer Nachlassverbindlichkeit.

Alles, was hier gegen die Zulässigkeit der Belastung des Erbenerben gesagt ist, trifft in gleichem Masse zu, wenn die Frage nach der Zulässigkeit der Belastung des Erben eines Vermächtnisnehmers gestellt wird.

2. Meischeider[8]) will auch die Belastung des Inhabers der elterlichen Gewalt über einen Erben oder Vermächtnisnehmer wegen seiner Nutzniessung an dem Zugewendeten zulassen. Hier hat man sich zunächst zu fragen, welchen Zweck der Erblasser mit einer derartigen Belastung verfolgt. Die Antwort ist die: Der Erblasser will die Zuwendung dem Kinde ganz erhalten, die Auflage soll nicht aus der Zuwendung selbst, sondern aus den Nutzungen der Zuwendung bestritten werden.

Aber zur Erreichung dieses Zweckes bedarf es, abgesehen davon, dass der Wortlaut des § 2147 dem entgegensteht, der Zulassung einer selbständigen Belastung des elter-

[8]) a. a. O. S. 328.
[9]) Kipp. a. a. O. S. 15.

lichen Gewalthabers mit einer Auflage nicht. Denn der Erblasser kann einen Testamentsvollstrecker oder einen Pfleger — dies kann auch der Gewalthaber sein — ernennen und anordnen, dass der Gewalthaber die Nutzungen aus der seinem Kinde gemachten Zuwendung nur so weit erhalten soll, als sie nicht zur Erfüllung der Auflage erforderlich sind (vgl. §§ 1638, 1656). Der Erblasser braucht aber garnicht einmal dem Gewalthaber das Verwaltungsrecht zu nehmen; denn er kann das Nutzungsrecht dinglich so beschränken, dass die nicht an den Gewalthaber fallenden Nutzungen zur Erfüllung der Auflage hinreichen. In der Regel wird in diesen Fällen die Auflage in der Pflicht zu wiederkehrenden Leistungen bestehen, die aus den Einkünften der Zuwendung bestritten werden sollen. Hierfür giebt das Gesetz schon selbst eine Handhabe, indem der Gewalthaber für die Dauer seiner Nutzniessung nicht nur dem Kinde gegenüber zur Erfüllung der Auflageleistungen verpflichtet ist, sondern auch als Gesamtschuldner neben dem Kinde haftet. (Vgl. §§ 1654, 1386, 1388).

Aber auch in anderen Fällen ist eine Belastung des Gewalthabers mit Auflagen als unzulässig zu erachten, weil die Erreichung des Zweckes, der für den Erblasser bei der Anordnung der Belastung bestimmend war, doch höchst unsicher ist.

Es würden sich nämlich Schwierigkeiten bezüglich der Haftung des Gewalthabers für die Vollziehung der Auflage ergeben. Seine Haftung müsste sich analog der Haftung des Vermächtnisnehmers gestalten »der Vater müsste haften mit dem, was er aus dem (quasi) Vermächtnis des elterlichen Niessbrauchs erhält. Das ist das Nutzungsrecht selbst.« Nun ist das Nutzniessungsrecht nicht übertragbar (§ 1658) und kann demgemäss auch nicht gepfändet werden (§ 862 Abs. 1 C. P. O.), und auch die einzelnen Nutzungen sind nur beschränkt pfändbar sind (§ 862 Abs. 2 C. P. O.). Der Gewalthaber würde also nicht, wie es der Vermächtnisnehmer unbeschränkt kann (§ 2187 Abs. 3), oder doch nur in beschränktem Masse dasjenige, was er aus dem »(quasi) Vermächtnis« des elterlichen Nutz-

niessungsrechts erhält, zum Zwecke der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung zur Verfügung stellen können, und der Zweck des Erblassers wäre somit vereitelt oder doch nur in geringem Masse erreicht. Die Ansicht Meischeiders ist daher abzulehnen, da mit ihr der Zweck, welchen eine Belastung des Gewalthabers haben könnte, auch nicht annähernd erreicht wird.

3. Ein der Zulässigkeit der Belastung des Gewalthabers analoges Problem taucht bei dem Güterstande der Verwaltung und Nutzniessung des Mannes auf. Die Entscheidung ist in analoger Weise zu treffen wie bei der Belastbarkeit des Gewalthabers. Die Belastung des Ehemanns mit einer Auflage, wenn eine der Ehefrau zugewendete Erbschaft oder ein ihr zugewendetes Vermächtnis eingebrachtes Gut wird, ist demgemäss zu verneinen.

Eine ähnliche Rechtslage kann beim Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft wiederkehren, wenn der Erblasser dem einen Ehegatten etwas zuwendet, ohne es zum Vorbehaltsgut zu bestimmen. (§§ 1440 Abs. 2, 1369).

Ist der Frau, die über Annahme und Ausschlagung allein entscheidet (§ 1453), letzwillig etwas zugewendet, so haftet für die auf die Zuwendung gelegte Auflage vorbehaltlich der allgemeinen erbrechtlichen Beschränkungen der Haftung das Gesamtgut; neben der Frau haftet der Mann als Gesamtschuldner (§ 1459). Ein sachliches Bedürfnis für die Zulässigkeit der Auferlegung einer Auflage an den Mann besteht daher nicht. Entsprechendes gilt für die Frau, wenn dem Manne etwas zugewandt ist; nur haftet die Frau nicht persönlich. Allerdings erhält die Frau dadurch, dass das ihrem Manne Zugewendete Gesamtgut wird, einen Vorteil; aber dieser Vorteil kann nicht nach Analogie der Vermächtnisse behandelt und daher nicht mit Auflagen belastet werden; denn auch hier tritt wieder die Schwierigkeit aus § 2187 Abs. 3 ein, da die Frau nach § 1442 nicht über ihren Anteil am Gesamtgut verfügen kann.[10]

[10]) Kipp a. a. O., S. 19.

Was bei der allgemeinen Gütergemeinschaft gilt, ist entsprechend bei der Fahrnisgemeinschaft anwendbar. Es kann also auch bei diesem Güterstande der Erblasser, der einem der Ehegatten bewegliches Gut zuwendet, ohne es vom Gesamtgut auszuschliessen, den anderen Ehegatten nicht mit einer Auflage belasten.

4. Nach gemeinem Recht konnte auch derjenige, der condicionis implendae causa etwas empfing (vgl. § 2076) mit einer Auflage belastet werden. Nach dem B. G. B. besteht aber hierfür kein praktisches Bedürfnis, und zudem steht auch der Wortlaut des § 2147 entgegen.[11]

Die durch Erfüllung der Bedingung erfolgte Zu-Zuwendung ist nur dann mit einer Aauflage belastbar, wenn der durch die Bedingung Begünstigte im Sinne des Erblassers als Vermächtnisnehmer anzusehen ist, was freilich in den meisten Fällen zutreffen wird.

5. Ebensowenig besteht ein praktisches Bedürfnis für die Möglichkeit, den Destinatär einer Auflage mit Auflagen zu belasten. Der Erblasser mag den Destinatär zum Vermächtnisnehmer machen oder anordnen, dass dem Destinatär die Auflageleistung nur unter der Bedingung zukommen soll, dass er seinerseits sich zu einer Leistung verpflichtet.[12]

6. Nach Ansicht Hellwig's[13] kann auch der durch einen Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Fall des Todes des Versprechensempfängers Bedachte (§ 331) mit einer Auflage belastet werden, wenn nur die Form einer Vermächtnisverfügung gewahrt ist. Hellwig hält die Verträge des § 331 für eigenartige Rechtsgeschäfte von Todeswegen, der Hauptvertrag zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger sei ein negotium inter vivos, der Nebenvertrag aber, kraft dessen dem Dritten das Recht auf die Leistung zugewendet wird, ein neben Testament und Erbvertrag selbständig dastehendes Rechtsgeschäft von Todeswegen. Hiergegen wendet sich mit Recht Kipp.[14]

[11]) vgl. hierzu Kipp S. 25, 26.
[12]) Kipp l. c. S. 28.
[13]) Verträge auf Leistung an Dritte S. 364 ff.
[14]) S. 30 ff.

»Nicht jede Verfügung, welche den Tod des Verfügenden zu ihrer Voraussetzung nehme, sei eine Verfügung von Todeswegen, sondern grundsätzlich nur, wenn sie sich auf den Nachlass beziehe,« (arg. § 2301 Abs. 2). Den Nachlass haben aber Verträge nach § 331 nicht zum Gegenstand.

Wenn die Ansicht Hellwig's richtig wäre, so kann man fragen, ob denn ein Bedürfnis für die Zulässigkeit der Belastung vorliege. Hellwig fordert, dass die Form der Vermächtnisverfügung beachtet wird. Der Dritte würde dann hier als durch Erbvertrag beschwert anzusehen sein, da er ja auch durch Vertrag begünstigt ist.

Nach Abschluss des Vertrages könnte der Dritte nicht mehr einseitig belastet werden, sondern nur in der gesetzlichen Form mit Zustimmung des Versprechenden selbst (nicht auch seiner Erben) [vgl. §§ 2189, 2290 ff.]. Seinen Zweck, den Dritten zu einer Leistung anzuhalten, kann der Versprechensempfänger aber besser und bequemer nach dem Recht der Verträge zu Gunsten Dritter erreichen. Denn der Versprechensempfänger kann hier bei seinen Lebzeiten mit dem Versprechenden (auch mit seinen Erben) formlos vereinbaren, dass der begünstigte Dritte die Leistung nur gegen Übernahme einer bestimmten Verpflichtung oder unter der Bedingung einer Gegenleistung erhalten soll. Ein Bedürfnis für die Zulässigkeit einer Auflage im Falle des § 331 besteht demnach nicht.

Der Ansichts Hellwigs dürfte daher in dieser Allgemeinheit nicht zuzustimmen sein, sondern nur im Falle des § 332, wenn sich der Versprechensempfänger die Befugnis vorbehalten hat, an die Stelle des in dem Vertrage bezeichneten Dritten einen anderen zu setzen, was auch in einer Verfügung von Todeswegen geschehen kann. Der Versprechensempfänger behält hier das Recht der Verfügung über die Leistung bis zu seinem Tode in seinem Vermögen[15]). Setzt er nun an die Stelle des in dem Vertrage bezeichneten Dritten einen anderen — dies kann auch der Erbe sein —, so trifft er damit eine dem Vermächtnis ähnliche Verfügung,

[15]) Kipp a. a. O. S. 33.

und es ist in diesem Falle die Zulässigkeit einer Belastung des anderen mit einer Auflage nach Analogie des § 2147 unbedenklich. Allerdings liegt nur eine dem Vermächtnis ähnliche Verfügung vor; denn der andere erwirbt die Forderung gegen den Dritten unmittelbar, während beim Vermächtnis einer Forderung der Erwerb derselben erst durch Abtretung seitens des Erben erfolgt.

Die Zulässigkeit der Belastung wird man, von diesem Falle ausgehend, mit Kipp auch dann anerkennen, wenn der Versprechensempfänger von der vorbehaltenen Befugnis des § 332 keinen Gebrauch gemacht hat, oder durch Erklärung an den Versprechenden einen anderen benannt hat; »Denn der im Vertrage bestimmte Dritte wie der durch Erklärung an den Versprechenden Ernannte erwirbt die Forderung auf Grund des bis zum Tode dauernden Verfügungsrechts und des einseitig abänderbaren Zuwendungswillens des Erblassers«.

Strohal[16]) verwirft die Ansicht Hellwigs aus dem Grunde, weil § 2161 nicht anwendbar sei. Denn wenn der Dritte ausschlage, sei keine Belastung eines anderen denkbar. Dieser Grund schlägt nicht durch; denn wenn der Dritte ausschlägt, wird die Leistung regelmässig in den Nachlass fallen und dann ist der Erbe als beschwert anzusehen. Zudem ist zu bemerken, dass § 2161 keine zwingende Vorschrift ist, und der Versprechensempfänger unter Umständen nur den Dritten hat belasten wollen, eine Belastung eines anderen, wenn der Dritte ausschlägt, dagegen nicht beabsichtigt hat.

Demgemäss ist also auch derjenige belastbar, zu dessen Gunsten ein Vertrag im Sinne des §§ 331, 332 BGB. geschlossen ist.

III. Eine letztwillige angeordnete Auflage wird häufig, besonders infolge Zulassung des holographischen Testaments, der nötigen Bestimmtheit ermangeln; insbesondere wird es häufig zweifelhaft sein, wer im konkreten Falle als beschwert anzusehen ist, und in welchem Verhältnisse mehrere Beschwerte die Last zu tragen haben. Das BGB. gibt nun für diese Fälle,

[16]) § 29 Anm. 1.

damit nicht Unwirksamkeit der Auflagen eintritt, entsprechend dem Grundsatz der favorablen Behandlung letzwilliger Verfügungen Auslegungsregeln.

Wenn der Erblasser letztwillig Auflagen angeordnet hat, aber nicht ausdrücklich bestimmt hat, wem sie zur Last fallen sollen, so hat der Erbe die Belastung zu tragen §§ 2192, 2147 Satz 2. Ist die Auflage also in einer letztwilligen Verfügung angeordnet, welche keine Erbeinsetzung enthält so gilt der gesetzliche Erbe als beschwert.

Sind mehrere Erben oder mehrere Vermächtnisnehmer mit einer Auflage beschwert, so kann der Erblasser den Anteil, den jeder der mehreren Erben oder Vermächtnisnehmer zur Erfüllung der Auflage zu leistea hat, ausdrücklich festsetzen; in Ermanglung einer Festsetzung sollen nach §§ 2192, 2148 die Erben nach dem Verhältnisse der Erbteile, die Vermächtnisnehmer nach dem Verhältnisse des Wertes der Vermächtnisse belastet sein.

Das gemeine Recht bestimmte dagegen, dass mehrere Vermächtnisnehmer die Beschwerung zu gleichen Teilen zu tragen hätten l. 25 pr. D. de legatis et fideicommisses 32.

Es kann aber auch der Fall so liegen, dass ein Erbe und ein Vermächtnisnehmer oder mehrere Erben und ein oder mehrere Vermächtnisnehmer mit derselben Auflage belastet sind; für diese Fälle gibt das B. G. B. keine Vorschriften. Hier sind die Umstände des einzelnen Falles zu berücksichtigen.

Das vom Erblasser bestimmte oder aus § 2148 zu entnehmende Beschwerungsverhältnis regelt nicht bloss das Verhältnis der Beschwerten unter sich, sondern gibt, wenn von den eingesetzten Erben nur einzelne mit derselben Auflage beschwert sind, zugleich den Massstab der Haftung jedes einzelnen Beschwerten für die Vollziehung der Auflage. Wenn dagegen sämtliche eingesetzten Erben mit derselben teilbaren Auflage beschwert sind, so ist die Verbindlichkeit aus der Auflage, mögen sie nach dem Verhältnis ihrer Erbteile beschwert gelten oder in einem anderen vom Erblasser ausdrücklich bestimmten Verhältnisse beschwert

sein, immer eine gemeinschaftliche Nachlassverbindlichkeit, für welche die Erben als Gesamtschuldner haften, sodass der Anspruchsberechtigte (§ 2194) nach seinem Belieben die Leistung von jedem Erben ganz oder zu einem Teile oder von allen Erben zusammen fordern kann (§§ 1967 Abs. 2, 2058, 421).

Ist der Gegenstand der Auflageleistung unteilbar, so haften die mehreren Belasteten als Gesamtschuldner (§ 431).

Keine Bestimmung enthält das Gesetzbuch für den Fall, dass alternativ verordnet ist, die eine oder die andere Person solle die Auflage erfüllen. Im Interesse der Aufrechterhaltung der Anordnung wird trotz ernstlicher Bedenden doch eine Gesamtschuldnerschaft analog § 421 anzunehmen sein.

IV. Die Auflage ist nach B. G. B. im Gegensatz zum römischen Recht, welches das Hauptgewicht auf die persönliche Verpflichtung des Beschwerten legte,[17] eine auf die Zuwendung selbst gelegte Last. Darum ist der Bestand der Auflage nicht vom Belieben des Belasteten abhängig. Scheidet daher der Beschwerte persönlich aus, so wird die Auflage damit nicht hinfällig, sondern es tritt nunmehr in die Auflageverbindlichkeit ein, wenn der Wegfall des Erstbelasteten unmittelbar zu Statten kommt (§§ 2192, 2161), also die gesetzlichen Erben, der Ersatzerbe oder Nacherbe, ferner der, welchem ein Erbteil anwächst u. s. w., sowie der Erbe, der das von einem beschwerten Vermächtnisnehmer ausgeschlagene Vermächtnis zunächst behalten hat und der Ersatzvermächtsnisnehmer. Es ist freilich zu beachten, dass § 2161 keine zwingende Vorschrift ist. Hat also z. B. der Erblasser ausdrücklich angeordnet, dass die Auflagen nur gelten sollen, wenn die Beerbung auf Grund des Testaments erfolgt, so kann der im Testament eingesetzte Erbe, der zugleich gesetzlicher Erbe ist, in seiner Eigenschaft als Testamentserbe ausschlagen und als Intestaterbe annehmen, wodurch die Auflagen hinfällig werden.

V. Trifft so § 2161 Fürsorge für den Rechtsbestand der Auflage, so haben die Bestimmungen der

[17]) vgl. Windscheid Bd. III § 641.

§§ 1935, 2095, 2159 das Interesse des Beschwerten im Auge. Wenn darnach ein gesetzlicher Erbe vor oder nach dem Erbfalle wegfällt, und sich infolgedessen der Erbteil eines anderen gesetzlichen Erben erhöht, so gilt der Teil, um welchen sich der Erbteil erhöht, in Ansehung der Auflagen, mit denen dieser Erbe oder der wegfallende Erbe beschwert ist, als besonderer Erbteil (§ 1935).

Der Ueberschuss aus dem zuerst erworbenen Erbteile braucht daher nicht zur Erfüllung der auf dem anwachsenden Teile ruhenden Auflagen verwendet zu werden, und umgekehrt braucht ein Ueberschuss aus dem anwachsenden Teile nicht zur Erfüllung der auf dem zuerst erworbenen Erbteile ruhenden Auflagen verwendet zu werden.

Das Gleiche bestimmt § 2095 für den Testamentserben und § 2159 für den Vermächtnisnehmer.

§ 11.

Wer kann Destinatär der Auflage sein und in wessen Interesse kann sie errichtet werden?

I. Durch die Auflage soll ein Erfolg erzielt werden. Der Schwerpunkt liegt in der objektiven Zweckbestimmung. Deshalb ist nicht erforderlich, dass als Begünstigter ein Rechtssubjekt erscheint. Vielmehr können Destinatäre der Auflage Menschen wie Tiere sein, auch der nasciturus, ja selbst noch nicht Erzeugte können als Destinatäre bezeichnet werden.

Wie hat man zu verfahren, wenn ein Erblasser eine Auflage zu Gunsten eines nicht rechtsfähigen Vereins angeordnet hat? Man wird wohl benigne interpretieren müssen und die zur Zeit des Erbfalles vorhandenen Mitglieder als Destinatäre anzusehen haben.

Allgemein gilt bei letztwilligen Verfügungen, dass der Erblasser die Bestimmung der Person des Bedachten nicht einem Dritten überlassen kann. (§ 2065 Abs. 2). Die entsprechende Anwendung dieses Paragraphen auf die Auflage schreibt § 2192 vor. Ist demnach als Destinatär einer Auflage eine Person proponiert, so muss diese auch vom Erblasser persönlich oder doch

so bestimmt sein, dass nach objektiven Merkmalen festzustellen ist, welche Person der Erblasser gemeint hat.

Hiervon macht das Gesetz in § 2193 eine Ausnahme. Hat nämlich der Erblasser bei Anordnung einer Auflage, deren Zweck bestimmt, so kann er die Bestimmung der Person, an welche die Leistung erfolgen soll, dem Beschwerten oder einem Dritten überlassen. Diese Abweichung von § 2065 Abs. 2 erklärt sich wohl daraus, dass mit der Betonung des Zwecks auch mehr oder weniger die Person oder der Personenkreis kennbar gemacht ist, dem die Auflage zu Gute kommen soll. Absatz 2 u. 3 des § 2193 treffen weiter Fürsorge, dass die Auflage nicht böslich oder infolge Unvermögens das mit der Auswahl der zu bedenkenden Personen Betrauten vereitelt wird. Ist dem Beschwerten das Bestimmungsrecht übertragen, so kann ihm, wenn er zur Vollziehung der Auflage rechtskräftig verurteilt ist, von dem Kläger eine angemessene Frist zur Vollziehung bestimmt werden. Der Kläger kann verlangen, dass das Prozessgericht selbst in dem Urteil auf Vollziehung der Auflage die Frist zur Vollziehung bestimmt. (§ 255 Abs. 2 C. P. O.). Nach dem Ablauf der Frist ist der Kläger berechtigt, die Bestimmung zu treffen, wenn nicht die Vollziehung rechtzeitig erfolgt. Steht die Bestimmung einem Dritten zu, so erfolgt die Bestimmung gegenüber dem Beschwerten. Kann der Dritte die Bestimmung nicht treffen, so geht das Bestimmungsrecht auf den Beschwerten über. Bei Nichtausübung der Wahl geht nach fruchtlosem Ablauf der ihm auf Antrag des Beschwerten oder einer der Personen, welche die Vollziehung der Auflage zu verlangen berechtigt sind, gesetzten Frist das Wahlrecht auf den Beschwerten über.

II) Von der Frage, wer kann Destinatär sein, ist die andere zu scheiden: In wessen Interesse kann eine Auflage angeordnet sein? Will z. B. jemand eine grössere Seereise unternehmen und schenkt er seinem Nachbar eine grössere Summe mit der Auflage, seinen, des Reisenden, Hund sorgsam zu pflegen, so ist der

Hund der Destinatär der Auflage, an der Erfüllung derselben aber hat der Schenker ein Interesse.[1]

Wie schon aus diesem Beispiel hervorgeht, kann die Auflage im Interesse des Zuwendenden selbst angeordnet sein, ferner kann das Interesse eines Dritten beabsichtigt sein, oder die Auflage bezweckt das Interesse der Allgemeinheit z. B. der Erblasser ordnet an, dass sein Park auch fernerhin dem Zugange des Publikums geöffnet bleibe.

Ist auch eine Auflage im Interesse des Zuwendungsempfängers selbst möglich?

Nach den Motiven[2] ist die Bestimmung einer Auflage, welche lediglich zu Gunsten des Beschwerten gereicht, oder bei welcher nicht zu erkennen ist, dass irgend eine andere Person daran ein Interesse hat, möglich. Bei einer derartigen Auflage sei die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass der Erblasser dem Beschwerten eine Verbindlichkeit auferlegen wollte. Diesem Willen des Erblassers könne nicht allein durch den Umstand, dass die Erfüllung lediglich das Interesse des Erfüllenden fördere, und der Anordnende nur dies Interesse im Auge gehabt habe, jegliche Wirksamkeit, ein Schuldverhältnis zu begründen, genommen werden.

Dieser Anschauung sind die meisten Autoren[3] beigetreten. Auch das ideale Interesse, welches der Zuwendende an der Erfüllung der Aufgabe habe, reiche aus, um auch in solchem Falle eine rechtsgültige Verbindlichkeit entstehen zu lassen (Planck.) Indessen verhehlen sich diese Schriftsteller nicht, dass in der Mehrzahl der Fälle eine Obligierung des Zuwendungsempfängers nicht beabsichtigt sei, es sich vielmehr um einen guten Rat oder einen Wunsch oder eine Empfehlung handele, oder dass die sog. Auflage das Motiv der Zu-

---

[1]) In unserem Beispiele soll nicht etwa die geschenkte Summe das Aequivalent für die Pflege des Hundes sein, sondern der Nachbar soll durch die Schenkung einen Beweis des Wohlwollens erhalten. Wir setzen deshalb eine grössere Geldsumme voraus, die in keinem Verhältnis zu der Geringfügigkeit der Mühewaltung steht.

[2]) Bd. V. S. 213.

[3]) Vgl. besonders Cosack, Crome, Matthiass, Oertmann, Staudinger, Planck.

wendung zum Ausdruck bringe. Facti magis quam juris quaestio est, sagt Ulpian l 2 § 7 D de donationibus 39,5.

Dagegen behauptet Endemann,[4] es liege eine Auflage, ein selbständiges Verpflichtungsverhältnis nicht vor, wenn die Anordnung im Interesse des Beschwerten selbst getroffen sei.

Ich glaube, mich der Ansicht Endemanns anschliessen zu sollen. Unbedenklich möchte ich Endemann für den Fall folgen, dass der Zuwendende dem Zuwendungsempfänger eine bestimmte Art und Weise vorgeschrieben hat, wie er das Zugewendete oder einen Teil desselben im eigenen Interesse verwenden soll. Denn die Auflage ist eine auf die Zuwendung gelegte Last. Der Zuwendende will einen doppelten Zweck, ausser dem Hauptzweck noch einen Nebenzweck erreichen, er bezweckt ausser der Bereicherung bezw. der Vermögenszuwendung noch einen weiteren Erfolg. Wenn nun z. B. eine Zuwendung gemacht wird mit der Bestimmung, dass der Zuwendungsempfänger sich ein Haus dafür baue, so liegt nicht ein doppelter Zweck vor, nämlich einmal die Bereicherung des Empfängers und zweitens der Bau eines Hauses, sondern der Zuwendende hat nur das eine Ziel vor Augen, nämlich die Bereicherung des Zuwendungsempfängers. Auch die römischen Juristen versagten in diesem Falle einer solchen Anordnung des Zuwendenden die Bedeutung eines Modus, vgl. l 13 § 2 de donationibus inter virum et uxorem 24,1.

Aber auch dann, wenn die Anordnung des Zuwendenden keine Verwendungsbestimmung des Zugewendeten enthält, sondern sie dem Empfänger nur ein bestimmtes Verhalten, Handeln oder Unterlassen oder Dulden im eigenen Interesse vorschreibt, dürfte der Ansicht Endemann beizutreten sein.

Nehmen wir z. B. folgenden Fall an: Ein Erblasser setzt seinem Freunde ein Vermächtnis von 1000 Mark aus und bestimmt dabei, der Bedachte der ein leidenschaftlicher Raucher ist, solle aufhören Pfeifen zu rauchen. Nehmen wir an, dass es sich nicht um eine

---

[4]) Bd. I § 164 Anm. 22, Bd. III § 73,2.

Laune des Erblassers handelt, sondern dass das wohlverstandene Interesse seines Freundes, da dieser lungenkrank ist, im Auge hatte. Sollte es in diesem Falle wohl der Wille des Erblassers gewesen sein, dass bei Zuwiderhandlung gegen die Anordnung des Nichtrauchens nun die Erben den Freund mit den Zwangsmitteln der C.P.O. zur Erwirkung von Unterlassungen drangsalieren und belästigen könnten? Doch sicher nicht. Der Erblasser wollte seinem Freunde nur einen Beweis der Freundschaft geben, aber ihn nicht etwa chikanösen Prozessen aussetzen; nicht sollte die Aussetzung der 1000 Mk. eine Belohnung oder ein Ansporn sein, das Rauchen zu unterlassen. Werden freigebige Zuwendungen in der Regel ja auch nur unter Personen gemacht, da in einem besonderen Vertrauensverhältnis zu einander stehen.

Treffend weist auch Endemann darauf hin, dass der Begriff der Verpflichtung notwendig eine gegenüberliegende Interessensphäre voraussetzt.

Und würde es nicht auch einen deutschen Richter komisch anmuten, wenn er den Beschwerten verurteilen sollte, sich selbst ein Haus zu bauen, oder das Rauchen zu lassen oder sich stets vier Katzen zu halten?

Nach allen dem möchte ich Endemann darin zustimmen, dass eine Auflage im eigenen Interesse des Beschwerten keine echte Auflage ist.

Will der Zuwendende seine Anordnung mit Rechtsnotwendigkeit erfüllt wissen, so mag er zur Bedingung greifen.

2. Abschnitt.

Die Leistung.

§ 12.

Allgemeines.

Die Auflage begründet die Verpflichtung des Beschwerten zu einer Leistung, ohne dass dieser Verpflichtung ein Forderungsrecht eines Gläubigers gegen-

übersteht. Mann darf daher wohl nicht mit Kipp[1] von einem Schuldverhältnis sprechen, sondern die Auflage ist eine absolute Schuldverpflichtung.[2]

Inhalt der Leistungspflicht, kann jede Handlung des Schuldners sein, durch welche ein Obligationszweck verwirklicht werden kann, und zwar eine positive Handlung, wie ein Unterlassen, wie auch ein Dulden.

Damit nun die Vollziehung der Auflage verlangt werden kann, muss die den Inhalt der Auflage bildende Leistung

1. eine bestimmte resp. bestimmbare
2. eine mögliche sein und darf
3. nicht gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstossen.

Ueber diese Erfordernisse ist in den folgenden Paragraphen zu handeln. Daran wird sich eine Erörterung darüber ob die Leistung einen Vermögenswert haben muss und eine Erörterung über das Wertverhältnis von Zuwendung und Auflage anzuschliessen haben.

§ 13.

Bestimmtheit der Leistung.

Die den Gegenstand der Auflage bildende Leistung muss eine bestimmte sein.

I. Besteht der Inhalt in der Leistung eines bestimmten Gegenstandes, so erscheint eine entsprechende Anwendung der §§ 2169, 2170 geboten, wenngleich § 2192 auf sie nicht verweist.

Darnach ist eine Auflageanordnung für den Beschwerten regelmässig dann nicht verbindlich, wenn der Gegenstand zur Zeit des Erbfalles nicht zum Nachlasse gehörte, insbesondere wenn der Gegenstand vor dem Erbfalle vom Erblasser veräussert war, oder wenn der Erblasser zu dessen Veräusserung obligatorisch

[1]) Windscheid Pandekten Bd. II § 252.

[2]) Bei der Schenkung unter einer Auflage übernimmt freilich der Beschenkte die Auflageleistung als Vertragspflicht.

verpflichtet war (§ 2169 Abs. 1 u. 4). Wohlgemerkt beziehen sich diese Bestimmungen nur auf Speziessachen; dagegen sind Gattungssachen stets zu leisten.

Stand dem Erblasser an einer nicht zum Nachlass gehörigen Sache der Besitz zu, so ist der Besitz der Sache der Inhalt der Auflage und der Beschwerte hat die Sache dem Destinatär auszuhändigen (§ 2169 Abs. 2). Steht dem Erblasser ein Anspruch auf Leistung des Gegenstandes der Auflage oder falls der Gegenstand nach der Anordnung der Auflage untergegangen war oder dem Erblasser entzogen worden ist, ein Anspruch auf Ersatz des Wertes zu, so gilt in dubio dieser Anspruch als Inhalt der Leistung (§ 2169 Abs. 3).

Indessen ist es im Falle des § 2169 Abs. 1 auch möglich, dass es der Wille des Erblassers war, der Gegenstand der Auflageleistung, obgleich nicht zur Erbschaft gehörig, solle trotzdem durch den Beschwerten geleistet werden. Dann ist der Beschwerte zur Verschaffung dieses Gegenstandes verpflichtet. Ist er zur Beschaffung ausser Stande, oder ist die Verschaffung nur mit unverhältnismässig hohen Aufwendungen möglich, so darf er sich durch Entrichtung des wirklichen Wertes des Gegenstandes von seiner Verpflichtung lösen (§ 2170).

II. Aus allgemeinen Grundsätzen folgt, dass Auflagen, die unverständlich oder widersinnig sind, unwirksam sind; denn in solchen Fällen ermangelt es an einem erkennbaren ernsthaften Willen des Zuwendenden.

Dagegen wird man unverständigen Auflagen, oder solchen, die eines vernünftigen Zweckes entbehren, z. B. solchen, die aus thörichter Laune getroffen sind, die Wirksamkeit nicht versagen können. Der Beschwerte muss die Auflage vollziehen; denn die Uebernahme der Verbindlichkeit hängt von seinem Willen ab. Die Protokolle[1] bemerken hierzu: »Die Entscheidung darüber, ob eine Auflage thöricht oder zwecklos sei, hänge vielfach von subjektiven Anschauungen ab. Der Richter könne sich auch bei gewissen-

[1]) Bd. V. S. 243.

hafter Führung seines Amtes den Einflüssen der geschichtlichen, politischen und religiösen Anschauungen seiner Zeit nicht vollständig entziehen. Die Gefahr, dass eine durchaus verständige, jedenfalls vom Standpunkte des Erblassers gerechtfertigte Anordnung für ungültig erklärt werden würde, sei hiernach nicht von der Hand zu weisen. Die Gefahr, dass eine wirklich zwecklose oder ganz unverständige Auflage zur Durchführung gelange bestehe aber trotzdem nur in geringem Grade, meist werde festzustellen sein, dass die Auflage in solchem Falle nicht ernst gemeint oder gemäss § 318 nichtig sei.« Dem ist beizutreten.[2]

Wie richtig der Standpunkt der Motive ist, dass die Ansichten über die Vernünftigkeit und Zweckmässigkeit einer Auflage sehr verschieden sind, möge ein Beispiel zeigen, welches auch Endemann[3] offenbar im Auge hat: Vor einigen Jahren vermachte der verstorbene Professor Baron in Bonn der Stadt Berlin ein Vermächtnis von 300 000 Mark mit der Auflage, ein vegetarisches, nur von Naturärzten geleitetes Kinderheim zu errichten. Die Stadt Berlin lehnte das Vermächtnis ab, dagegen nahm die Stadt Breslau das Vermächtnis an.

III. Ferner ist eine Auflage unverbindlich, bei welcher Inhalt und Umfang der Leistung in die Willkür des Beschwerten oder eines Dritten gestellt ist (§§ 315, 2065 Abs. 2).

Indessen gibt es auch Fälle, in denen eine Vollziehung der Auflage erzwungen werden kann, obgleich die Leistung nicht genau und vollständig bestimmt ist. Es ist dies der Fall einmal, wo die Leistung nur der Gattung nach bestimmt ist, sodann wo von mehreren Sachen nur die eine oder die andere geleistet werden soll und endlich, wo die Leistung dem billigen Ermessen des Beschwerten oder eines Dritten überlassen ist.

---

[2]) Anders freilich l 113 § 5 D. de leg. I: ineptas voluntates defunctorum circa sepulturam, veluti vestes aut si qua alia supervacus ut in funus impendantur, non valere, Papianus libro tertio responsorum scribit.

Anders auch Giercke, Entwurf S. 519.

[3]) Bd. III § 73 Anm. 21.

a) Die alternative Bestimmung der Leistung, d. h. der Beschwerte schuldet mehrere individuell oder nur der Gattung nach bestimmte Leistungen in der Weise, dass nur die eine oder die andere zu bewirken ist, ist sowohl bei den modalen Schenkungen wie bei den letztwilligen Auflaen möglich. Die Regelung im einzelnen ergeben für erstere in Ermangelung spezieller Vorschriften die §§ 262—265, für die letzteren die §§ 2192, 2154 mit subsidärer Geltung der §§ 262—265.

Der Beschwerte haftet bei der alternativen Verpflichtung auf mehrere bestimmte Leistungsmöglichkeiten. Es besteht noch eine Ungewissheit, durch welche Leistung die Obligation getilgt wird. Zur Tilgung einer Obligation ist aber nur eine Speziesschuld tauglich, und es muss deshalb die alternative Schuldverpflichtung in eine einfache umgewandelt werden. Die Pendenz der Schuldverpflichtung wird gelöst, entweder durch Wahl, oder durch Unmöglichwerden der Leitungsmöglichkeiten bis auf eine, und, was wohl keiner Erörterung bedarf, durch Vertrag.

Wichtig ist vor allem die Frage, wer das Wahlrecht, welches zugleich eine Wahlpflicht ist,[4] hat.

Für Auflagen auf Schenkungen steht das Wahlrecht im Zweifel dem Beschenkten zu. Bei einer letztwilligen Auflage ist ebenfalls im Zweifel der Beschwerte wahlberechtigt.

Auch in folgendem Falle, der sich aus § 2154 ergibt, ist der Beschwerte als wahlberechtigt anzusehen: Hat der Erblasser den Erben mit einer Auflage des Inhalts beschwert, dass er eine im Nachlass vorhandene Sache leisten soll, und es finden sich mehrere Sachen der gleichen Art im Nachlass, so hat der Beschwerte, wenn sich nicht ermitteln lässt, welche der mehreren Sachen der Erblasser gemeint hat, das Wahlrecht unter diesen mehreren Sachen.[5]

Es ist aber wohl zu beachten, dass § 262 keine zwingende Vorschrift ist. Da der Beschenkte die Auflage als Vertragspflicht übernimmt, so kann

---

[4]) Litten, die Wahlschuld nach deutschem bürgerl. Recht. S. 126.

[5]) Litten a. a. O. S. 110.

durch Parteiabrede das Wahlrecht auch dem Schenker oder einem Dritten gegeben werden. Bei letztwilligen Auflagen kann der Erblasser dem Beschwerten das Wahlrecht entziehen und die Wahl einem Dritten übertragen.

Ist nun die Wahl einem Dritten übertragen, so ist, was die modale Schenkung anlangt, die Wahl des Dritten nicht Bedingung für die Existenz der Auflage. Die Ueberlassung der Wahl an den Dritten wird in der Regel nicht den Sinn haben, dass es im Belieben des Dritten stehen solle, ob die Auflage bestehen solle.

Hat nun der Dritte, was ja nach § 317 im Zweifel der Fall ist, nach billigem Ermessen zu wählen, so wird die Wahl, wenn er sie nicht treffen kann oder will, oder wenn er sie verzögert oder unbillig trifft, durch Urteil vorgenommen (§ 319 Abs. 1).

Soll aber der Dritte nach freiem Belieben wählen, so ist die Auflage in ihrer Wirksamkeit durch die Wahl des Dritten bedingt (§ 319 Abs. 2).

Abweichend geht bei den letztwilligen Auflagen, wenn der Dritte nicht wählt, nach Ablauf einer dem Dritten vom Nachlassgericht gesetzten Frist auf den Beschwerten über (§ 2154).

Die Ausübung des Wahlrechts geschieht durch unwiderrufliche empfangsbedürftige Willenserklärung an den anderen Teil (§ 263 Abs. 1).

Die Erklärung bedarf keiner Form; die Wahl kann daher auch durch schlüssige Handlungen erfolgen. Ist ein Dritter wahlberechtigt, so erfolgt die Erklärung an an den Beschwerten.

Ein unmittelbarer Zwang gegen den Wahlberechtigten, die Wahl vorzunehmen, existiert nicht. Es könnte daher die Auflage durch Nichtausübung des Wahlrechts unmöglich gemacht werden. Dem tritt § 264 entgegen, indem dem Gegner eine Einwirkung auf die konkrete Bestimmung des Leistungsobjekts gegeben wird. Ist der Beschwerte wahlberechtigt, so kann der Klagberechtigte, wenn der Beschwerte nicht wählt, Klage erheben; das Urteil darf aber nur alternativ lauten.

Die Konzentration auf den einen oder anderen Leistungsgegenstand tritt erst mit der Zwangsvollstreckung ein. Hat der Beschwerte bis zum Beginn der Zwangsvolfstreckung das Wahlrecht gegenüber dem Kläger nicht ausgeübt — eine Wahlerklärung gegenüber dem Gerichtsvollzieher ist nicht mehr zulässig[6] —, so kann der Kläger nunmehr die Zwangsvollstreckung in die von ihm bezeichnete Leistung durchführen. Indessen hat auch jetzt noch der Beschwerte die facultas alternativa, sich durch eine der übrigen Leistungen von seiner Verbindlichkeit zu befreien, solange nicht der Kläger die gewählte Leistung ganz oder zum Teil empfangen hat. Damit hat nicht etwa der Schuldner noch ein Wahlrecht. Die Wahlschuld ist konzentriert. Es wird nur noch die Leistung geschuldet, die der Kläger nunmehr gewählt hat.

Es ist nur ungewiss, was geleistet wird, ob die geschudlete Leistung, oder ob von der facultas alternativa Gebrauch gemacht wird. »Der Beschwerte muss nicht nach eine bestehende Unbestimmtheit lösen, sondern es ist ihm nur erlaubt, sein Interesse dem des Klägers vorzuziehen.«

Ist der Kläger wahlberechtigt und im Annahmeverzuge, so kann ihm der Beschwerte eine angemessene Frist unter Aufforderung zur Vornahme der Wahl setzen. Mit dem Ablauf der Frist geht das Wahlrecht auf den Beschwerten über, wenn nicht der Kläger rechtzeitig die Wahl vornimmt (§ 264 Abs. 2).

Unter mehreren Wahlberechtigten entscheidet nicht wie nach römischen Recht[7] das Los, vielmehr wird regelmässig eine Wahlrechtsgemeinschaft zur gesamten Hand vorliegen, so dass also die Berechtigten sich über die Wahl einigen müssen. Können sie sich nicht einigen, so sind sie im Verzuge.

b) Der zweite Fall, in welchem der Inhalt der Leistung nicht speziell bestimmt ist, ist dann gegeben, wenn die den Inhalt der Leistung bildende Sache nur der Gattung nach bestimmt ist. Ergibt sich aus der Anordnung der Auflage, dass die Auswahl nur aus den

[6]) Litten a. a. O. S. 172, 173.
[7]) Windscheid Pandekten § 166, Anm. 12.

zur Erbschaft gehörenden Sachen dieser Gattung stattfinden so, soll kann unter Umständen hierin die Anordnung einer alternativen Leistung gefunden werden. Die Umstände des konkreten Falles entscheiden.

Die Zulässigkeit der Bestimmung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache als Leistungsobjekt ergibt sich für Auflagen bei einer Schenkung aus § 243, für letztwillige Auflagen aus §§ 2192, 2155. Die generisch geschuldete Sache ist durch Auswahl zu spezialisieren.

Nach § 243 Abs. 2 steht normaler Weise das Wahlrecht dem Beschwerten zu.

Bezüglich der im kronkreten Falle zu leistenden Sache ist die Regelung bei der modalen Schenkung und den letztwilligen Auflagen verschieden. Bei der Schenkung unter einer Auflage ist nach § 243 eine Sache von mittlerer ∧rt und Güte, bei den letztwilligen ∧uflagen eine den Verhältnissen des Begünstigten entsprechende Sache zu leisten (§ 2155 ∧bs. 1). ∧n Stelle des objektiven Masstabes des § 243 ist bei letztwilligen ∧uflagen ein subjektiver Massstab getreten. Doch wird dem § 243 auch für letztwillige Auflage eine subsidiäre Bedeutung zukommen, nämlich dann, wenn sich aus den Verhältnissen der Begünstigten ein hinreichender Anhalt nicht ergibt.

Bei der Schenkung unter einer Auflage stellt das Gesetzbuch für den Fall, das der Klagberechtigte das Wahlrecht hat, keine Norm ein; hier haben die Umstände des einzelnen Falles zu entscheiden[8]. Dagegen sind bei den letztwilligen Auflagen in diesem Falle, ebenso auch dann, wenn die Bestimmung der Sache einen Dritten übertragen ist, die schon bei der alternativen Auflageleistung erwähnten Vorschriften massgebend. Machen der Berechtigte oder der Dritte von ihrem Bestimmungsrecht keinen Gebrauch oder widerspricht ihre Bestimmung offenbar dem nach § 2155 Abs. 1 anzuwendenden Massstabe, so geht das Bestimmungsrecht auf den Beschwerten über. (§ 2155 Abs. 2 u. 3). Wird auch die von dem Beschwerten getroffene Wahl nicht anerkannt, so wird richterliches

[8]) Motive Bd. II S. 11.

Ermessen zu entscheiden haben. Ist bei einer modalen Schenkung einem Dritten das Wahlrecht gegeben, so bewendet es bei den allgemeinen Vorschriften der §§ 316—319.

Wann ist nun diese zu leistende Sache durch Auswahl spezialisiert? Diese in gemeinen Recht streitige Frage wird in § 243 dahin entschieden: Hat der Schuldner das zur Leistung einer Sache von mittlerer Art und Güte seinerseits Erforderliche getan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache. Die Leistung gilt also dann als individualisiert, wenn der Beschwerte die von ihm gewählte Sache von mittlerer Art und Güte bezw. die den Verhältnissen der Begünstigten entsprechende Sache diesem in einer solchen Weise anbietet, dass er durch die Nichtannahme in Verzug kommt. Von diesem Augenblick an geht auch die Gefahr auf den Begünstigten über.

c) Ein letzter Fall, in dem der Anordner einer Auflage. Die den Inhalt derselben bildende Leistung nicht unmittelbar speziell bestimmt hat, liegt dann vor, wenn die Bestimmung der Leistung dem billigen Ermessen des Beschwerten oder eines Dritten überlassen ist (§§ 315—319, 2192, 2156).

Ist der Beschwerte bestimmungsberechtigt, so erfolgt die Bestimmung durch Erklärung gegenüber demjenigen, welcher die Vollziehung der Auflage verlangen kann (§ 315 Abs. 2). Ist ein Dritter bestimmungsberechtigt, so erfolgt die Bestimmung gegenüber dem Beschwerten oder gegenüber demjenigen, der klageberechtigt ist. (§ 318 Abs. 1). Die einmal getroffene Bestimmung ist unwiderruflich. Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Entscheidung nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Andernfalls erfolgt die Bestimmung durch Urteil (§§ 315 Abs. 2, 319 Abs. 1). Dasselbe gilt, wenn der bestimmungsberechtigte Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert (§ 319 Abs. 1 vgl. ferner Abs. 2).

Zu beachten ist aber, dass bei einer ietztwilligen Auflage der Erblasser den Zweck angeben muss, so dass für das Bestimmungsrecht ein genügend bestimmter Anhaltspunkt besteht (§ 2156).

§ 14.

Möglichkeit der Leistung.

Die Auflageleistung muss möglich sein. Etwas Unmögliches kann nicht geleistet werden.

Ia. Das B. G. B. unterscheidet zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit. Hierbei ist weiter zu unterscheiden, ob die Unmöglichkeit der Leistung schon bei Anordnung der Auflage vorhanden war oder erst später entstanden ist. Die auf eine zur Zeit der Anordnung (hinsichtlich einer Auflage bei einer Schenkung) oder des Erbfalles (hinsichtlich letzwilliger Auflagen) unmögliche Leistungen gerichtete Auflage ist nichtig (§§ 306, 2192, 2171). Anders die regula Catoniana D 34,7 de regula Catoniana, nach welcher nicht der Zeitpunkt des Erbfalles, sondern der Zeitpunkt der Anordnung massgebend war. Ist unter diesen Voraussetzungen die Leistung nur teilweise unmöglich, so ist die ganze Anordnung nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass die Auflage auch ohne den nichtigen Teil angeordnet wäre. (§ 139).

Die Unmöglichkeit der Leistung steht der Gültigkeit der Auflage dann nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann, und die Auflage für den Fall angeordnet ist, dass die Leistung möglich wird; dies braucht nicht ausdrücklich hervorgehoben zu werden, sondern kann sich aus den näheren Umständen ergeben (§§ 308 Abs. 1, 2192, 2171).

Wird der Beschwerte zu einer unmöglichen Leistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins verpflichtet, so ist die Auflage gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritt der Bedingung oder des Termins gehoben wird (§§ 308 Abs. 2, 2192, 2171).

b) Ist die Leistung im Zeitpunkt der Anordnung bezw. beim Eintritt des Erbfalles subjektiv unmöglich, so hat dies auf den Rechtsbestand der Auflage keinen Einfluss.

Wird die den Inhalt der Auflage bildende Leistung nach der Anordnung der Auflage bezw. nach dem Zeitpunkt des Erbfalles unmöglich, so ist zu unter-

scheiden, ob der Beschwerte die Unmöglichkeit zu vertreten hat oder nicht.

Der Beschwerte wird von der Leistung frei, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat.[1] Wird nun ein Teil der Leistung unmöglich, so wird der Beschwerte auch nur hinsichtlich dieses Teiles frei. Ist die Leistung nur für eine bestimmte Zeit unmöglich, so tritt die Befreiung lediglich für diese Zeit ein. Einer nach der Anordnung bzw. dem Erbfalle eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Beschwerten zur Leistung gleich (§ 275).

Soweit die Leistung infolge eines von den Beschwerten zu vertretenden Umstandes (§§ 276—278) unmöglich wird, hat er den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen. Ist die Leistung nur teilweise unmöglich, so ist nur der durch die Nichterfüllung dieses Teiles der Leistung entstehende Schaden zu ersetzen. Doch kann im Falle teilweiser Unmöglichkeit der Berechtigte unter Ablehnung des noch möglichen Teiles der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, wenn an der teilweisen Erfüllung kein Interesse besteht. (§ 280).

Es ist aber wohl zu beachten, dass es bei letztwilligen Auflagen an einem materiell berechtigten und interessierten Gläubiger durchaus fehlt. Von Verzugszinsen, entgangenen Gewinn usw. kann keine Rede sein. Der Schadensersatz wird sich also nur auf den reinen Ersatz der durch Verschulden des Beschwerten unmöglich gewordenen Leistung beschränken.

Erlangt der Beschwerte infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch so kann der Berechtigte Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen (§ 281). Uneingeschränkt findet diese Bestimmung zunächst nur hinsichtlich der einer Schenkung beigefügten Auflage Anwenduug. In An-

[1]) Ebenso l 1 Cod. 4,45.

sehung letzwilliger Auflagen bemerken die Motive[2], dass es unzulässig sei, allgemein zu bestimmen, dass wenn der schuldete Gegenstand untergegangen oder dafür ein Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt worden ist, dieser Ersatz oder Ersatzanspruch an die Stelle des Gegenstandes treten solle. Dieser Ansicht wird man sich anzuschliessen haben. Im konkreten Falle wird die Entscheidung, ob das Surrogationsprinzip des § 281 einzutreten hat oder nicht, von dem ausdrücklich ausgesprochenen, oder aus den Umständen sich ergebenden Willen des Erblassers abhängig zu machen sein. Man wird das Prinzip des § 281 dann als ausgeschlossen ansehen müssen, wenn der Erblasser die Leistung gerade des von ihm bestimmten Gegenstandes beabsichtigt hat, sei es wegen der spezifischen Eigenart des Leistungsgegenstandes, sei es wegen des vorgestellten und gerade mit dieser Leistung zu erreichenden Zweckes. Ein etwaiges Geldäquivalent für den Gegenstand wird in solchen Fällen als vom Erblasser nicht gewollt anzusehen sein.

II. Über die Folgen, welche sich bei einer Auflage mit alternativem Leistungsinhalt aus der Unmöglichkeit einer der mehreren Leistungen ergeben, trifft § 265 Bestimmungen. Es ist zu unterscheiden zwischen der Unmöglichkeit, die von Anfang an vorhanden ist, und derjenigen, welche erst später eintritt. Ist eine der alternativ den Gegenstand einer Auflage bildenden Leistungen zur Zeit der Anordnung der Auflage bzw. des Erbfalles unmöglich, so wäre die Anordnung eigentlich teilweise nichtig, und müsste § 139 Platz greifen. Nach § 265 bleibt aber die Auflage bestehen, und beschränkt sich die Verpflichtung auf die noch möglichen Leistungen. Sind die sämtlichen Leistungen von Anfang an unmöglich, so ist die Auflage nichtig (§ 306). Wird eine Leistung erst nach der Anordnung bezw. nach dem Erbfalle unmöglich, so tritt gleichfalls Konzentration auf die noch möglichen Leistungen ein, wenn die Unmöglichkeit durch Zufall herbeigeführt wird.

---

[2]) Bd. V. S. 156.

Dagegen tritt die Konzentration nicht ein, wenn die Unmöglichkeit von dem nicht wahlberechtigten Teile zu vertreten ist. Ist demnach derjenige, welcher die Vollziehung der Auflage zu verlangen berechtigt ist, wahlberechtigt, so kann er die noch mögliche Leistung fordern; er kann aber auch für die durch die Schuld des Beschwerten unmöglich gewordene Leistung nach § 280 Schadensersatz verlangen. Ist der Beschwerte wahlberechtigt, so kann er gerade die durch Verschulden des Berechtigten unmöglich gewordene Leistung wählen, und damit wird er nach § 275 Abs. 1 von seiner Leistungspflicht frei.

III. Wenn die den Inhalt der Leistung bildende Sache nur der Gattung nach bestimmt ist, so hebt die nach der Anordnung bezw. nach dem Erbfalle eintretende unverschuldete subjektive Unmöglichkeit die Leistungspflicht nicht auf. Der Beschwerte haftet also nicht nur mit den in seinem Vermögen befindlichen, zur Leistung bestimmten Gattungssachen (genus perire non censetur). Ist aber die Unmöglichkeit eine objektive d. h. die ganze Gattung ist zu Grunde gegangen, so wird der Beschwerte frei.

IV. Unmöglich ist nach Staudinger[3] und Planck[4] die Leistung einer Auflage, die zu Gunsten eines Dritten angeordnet ist, auch dann, wenn der Dritte die zur Vollziehung der Auflage erforderliche Mitwirkung verweigert. Infolgedessen werde der Beschwerte, da die Unmöglichkeit die Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes sei, von der Leistungspflicht frei. Planck fügt freilich hinzu, es könne sich aus den Umständen des konkreten Falles ergeben, das die Zurückweisung andere als die erwähnten Folgen haben solle. Er verwahrt sich aber ausdrücklich dagegen, dass hierfür eine gesetzliche Vermutung bestehe.

Hiergegen wendet sich treffend Hellwig[5]. Es kommt in erster Linie auf die Absicht des Anordners

---

[3]) Bd. V zu § 2195.
[4]) Bd. II zu § 335 N. 2.
[5]) Verträge auf Leisung an Dritte S. 113fg.

an. Wenn die Absicht desselben dahin geht — und dies ist wohl bei Anordnung einer Auflage regelmässig als Absicht zu unterstellen, dass der Beschwerte zur Vollziehung nur verpflichtet ist, wenn der Dritte, der durch die Auflage begünstigt werden soll, zur Mitwirkung bereit ist, so tritt nicht Unmöglichkeit der Leistung ein, wenn der Dritte die Annahme verweigert oder die Mitwirkung versagt, oder wenn ihm die Mitwirkung unmöglich ist, sondern „Defizienz der Bedingung, unter welcher der Beschwerte zur Leistung verpflichtet war."

Diese Unterscheidung ist keine theoretische Spitzfindigkeit, sondern sie ist auch in praktischer Hinsicht von Bedeutung. Denn mit der Weigerung des begünstigten Dritten wird nlcht die Verpflichtung des Beschwerten zur Leistung beseitigt. Diese Verpflichtung bleibt bestehen; die Weigerung des Dritten zur Mitwirkung begründet für ihn nur einen Annahmeverzug. Es kann immer noch innerhalb der Verjährungsfrist purgatio morae eintreten. Will sich der Beschwerte von seiner Verpflichtung befreien, so muss er die in einem solchen Falle gewährten gesetzlichen Mittel, insbesondere die Hinterlegung benutzen.

Indessen kann die Absicht des Anordnenden auch dahin gehen, dass der Beschwerte von seiner Verpflichtung frei werden soll, wenn der Dritte die Mitwirkung bei der Erfüllung der Auflage verweigert oder sie ihm nicht möglich ist.

V. Eine Unmöglichkeit der Leistung kann in concveto auch dadurch begründet werden, dass der Anordner nach der Anordnuog der Auflage den Gegenstand derselben dem etwa Begünstigten selbst geleistet hat.

§ 15.

Die Leistung darf nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstossen.

I. Ein weiteres Erfordernis des Leistungsinhaltes einer Auflage, und zwar ein negatives Erfordernis ist, dass die Leistung nicht gegen ein gesetzliches Verbot

verstossen darf. Für die Auflage bei einer Schenknng ergibt sich dies Erfordernis aus § 134, für letztwillige Auflagen ist es noch besonders in den §§ 2192, 2171 ausgesprochen. Massgebender Zeitpunkt für die Tatsache der Verbotswidrigkeit ist der Zeitpunkt der Anordnung bezw. des Erbfalles. Anders die regula Catoniana D 34,7 wonach in Ansehung der Verbotswidrigkeit der Leistung der Zeitpunkt der Anordnung der Auflage massgebend ist.

Ist freilich die gegen ein Verbotsgesetz verstossende Auflage für den Fall angeordnet, dass das Verbotsgesetz aufgehoben wird, so ist sie gültig, wenn die Aufhebung erfolgt.

II. Die Leistung darf endlich nicht gegen die guten Sitten verstossen. (§ 138). Die objektiven Umstände und der Inhalt der Auflage selbst dürfen nicht derartig sein, dass sie in Verbindung mit der Absicht der Beteiligten einen Verstoss gegen die guten Sitten enthalten. Für die Auflage bei einer Schenkung wie für die letztwillige Auflage ist für die Frage, ob die Auflage unsittlich sei, die Zeit der Errichtung massgebend. Man wird aber in dieser Hinsicht bei letztwilligen Auflagen auch den Zeitpunkt des Erbfalles als massgebend ansehen müssen. Strohal[1] will allerdings nur den Zeitpunkt der Errichtung entscheiden lassen.

Anhang:

Wirkung der Unwirksamkeit der Auflage auf die Zuwendung.

Die Frage, welche Wirkung die Unwirksamkeit der Auflage auf die Zuwendung selbst äussert, findet für letzwillige Auflagen ihre Lösung in § 2195, welcher eine Konsequenz des Grundsatzes des § 2085 ist, dahin, dass die Unwirksamkeit der Auflage die Unwirksamkeit der unter der Auflage gemachten Zuwendung nur zur Folge hat, wenn anzunehmen ist, das der Erblasser die Zuwendung nicht ohne die Auflage gemacht haben würde. Das Fazit dieser Bestimmung ist, dass der Auflage eine selbständige Bedeutung zukommt, und

[1]) Erbrecht S. 123.

dass die Unwirksamkeit der Auflage die Zuwendung grundsätzlich nicht beeinflusst.

Bei der einer Schenkung beigefügten Auflage fehlt es an einer Spezialnorm; es ist daher auf die allgemeinen Bestimmungen zurückzugreifen. Nach § 139 müsste im Zweifel die Unwirksamkeit der Auflage auch die Zuwendung infizieren Diese Ansicht versicht denn auch Lammfromm[2] (freilich von seinem Standpunkt aus, dass die Schenkung unter einer Auflage ein gegenseitiger Vertrag sei, ganz konsequent). Er lehrt, die ursprüngliche Unmöglichkeit der Auflage vernichte nicht nur die letztere, sondern die ganze Schenkung, infolgedessen, falls Schenker schon erfüllt haben sollte, ihm auch eine condictio auf den ganzen Gegenstand der Gabe zustehe. Wie aber schon oben[3] nachgewiesen ist, ist die Schenkung unter einer Auflage kein gegenseitiger Vertrag. Und da es sich bei der Auflage doch immer nnr um einen Nebenzweck handelt, der Bereicherungszweck aber die Hauptsache ist, so ist auch hier analog dem Grundsatze des § 2195 anzunehmen, dass wenn die Auflage von Anfang an oder durch einem vom Beschwerten nicht zu vertretenden Umstand unmöglich wird, oder gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstösst, der Schenker das Hauptgeschäft, die Zuwendung, auch ohne den nichtigen Teil (Modus) vorgenommen haben würde; denn andernfalls würde er wohl statt der Auflage zur Bedingung gegriffen haben[4].

Es ist indessen nicht ausgechlossen, dass die Verbotswidrigkeit oder Unsittlichkeit der Auflage sich zugleich dem ganzen Schenkungsakt mitteilt. In einen solchen Falle würde auch die Schenkung selbst hinfällig werden[5].

Bei nachträglicher Unmöglichkeit bleibt die Auflage bestehen. Dies folgt aus § 527, wo selbst bei schuldhafter Nichterfüllung der Auflage die Rückforderung

---

[2]) Teilung, Dahrlehn, Auflage und Umsatzvertrag S. 166f.
[3]) § 4.
[4]) Ebenso Crome, Part. Rechtsgesch. S. 535, Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. II § 2.0, Oertmann § 525 Ziff. 5 Abw. Goldmann-Lilienthal § 151.
[5]) Oertmann, Dernburg a. a. O.

nicht die ganze Zuwendung ergreift, sondern nur das, was zur Erfüllung der Auflage hätte verwendet werden müssen.

§ 16.

Vermögenswert der Leistung?

Die Frage, ob die den Inhalt einer Schuldverpflichtung bildende Leistung einen Vermögenswert haben muss, ist im B. G. B. nicht beantwortet. Sie ist als stillschweigend verneint anzusehen, soweit nicht aus dem besonderen Inhalt einer Schuldverpflichtung das Erfordernis eines Vermögenswertes sich ergibt. Andernfalls hätte es einer besonderen Hervorhebung dieses Erfordernisses im Cesetze bedurft.[1] Damit ist nun allerdings nicht gesagt, das jedes Versprechen einer nicht geldwerten Leistung eine Schuldverpflichtung begründe. Zu weit geht es daher, wenn Cosack[2] lehrt, es sei möglich, dass der jüngere Bruder dem älteren rechtsverbindlich verspricht, täglich zwei Stunden spazieren zu gehen und nicht Karten zu spielen. Eine Klage des älteren Bruders würde sich gleich a limine abzuweisen sein. Treffend bemerkt in dieser Hinsicht Kohler[3], dass die versprochenen Leistungen nicht einer Sphäre des Lebens angehören dürfen, die nicht geschäftsmässig ist und nicht geschäftsmässig sein soll. Religion, Liebe und Anstand seien die Gebiete, in Betreff deren Verabredungen dem Verkehr entzogen seien. Deshalb sei das Versprechen von Leistungen, die diesen Gebieten angehören, rechtlich unverbindlich.“ Häufig werden derartige Leistungen auch den guten Sitten widersprechen. Erzeugt demnach nicht jedes Versprechen einer Leistung eine klagbare Schuldverpflichtung, so ist eine feste Grenze dafür, ob ein Versprechen klagbar ist, nicht dadurch zu gewinnen, dass man nun positiv das Erfordernis des Vermögenswertes der Leistung als für die Klagbarkeit entscheidend aufstellt. Für das Erfordernis des Vermögenswertes wird insbesondere die

[1]) Motive Bd. II. S. 5 f.
[2]) Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. I. § 80.
[3]) Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 12 S. 1 ff.

Bestimmung des § 253 herangezogen: „Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden". Aber aus dieser Vorschrift folgt doch nicht, dass Schuldverhältnisse nur solche sind, die Vermögenswert haben, sondern dass bei Schuldverhältnissen, die keinen Vermögeswert haben, ein Ersatz eines Schadens, welcher kein Vermögensschaden ist, in Geld nicht verlangt werden kann. Also nur Ersatz in Geld kann nicht verlangt werden. Die Herstellung des Zustandes, welcher bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249), wird dadurch nicht berührt.

Gegen das Erfordernis des Vermögenswertes spricht auch § 343 Satz 2, wonach bei der Herabsetzung einer unverhältnismässig hohen Vertragsstrafe auf den angemessenen Betrag bei der Beurteilung der Angemessenheit jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloss das Vermögensinteresse in Betracht zu ziehen ist.

Von dem Vermögenswert der Leistung ist daher zu abstrahieren. Die Leistung muss nur einem objektiv berechtigten Interesse oder Bedürfnisse dienen.

Jedenfalls ist für das Erfordernis des Vermögenswertes bei der Auflage gar kein Raum. Dies ergibt sich meines Erachtens deutlich aus § 1940 in Gegenüberstellung mit § 1939. Denn § 1939 spricht von Vermögensvorteil § 1940 von Leistung schlechthin. Offenbar soll damit kundgegeben werden, dass die Auflage des manigfaltigsten Inhalts fähig sei.

§ 17.

Wertverhältnis von Auflage und Zuwendung.

Muss die Auflage wie nach dem sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuche § 1005 kleiner sein als die Zuwendung oder kann die Auflage den Wert der Zuwendung übersteigen?

Für diese Frage empfiehlt es sich, die Schenkung unter einer Auflage und die letztwilligen Auflagen gesondert zu betrachten.

I. Für die einer Schenkung beigefügte Auflage ist die sedes materiae in § 526 zu suchen. Es liegt zwar im Wesen der Schenkung unter einer Auflage, dass der Aufwand zur Vollziehung der Auflage die Zuwendung nicht aufzehren oder gar übersteigen darf, da es eine Unbilligkeit wäre, wenn der Beschenkte zur Vollziehung der Auflage mehr aufwenden müsste, als er durch die Zuwendung erhält; wo bliebe da die Liberalität? Aber dieser Gedanke ist doch nicht allgemein dahin durchgeführt, dass die Auflage entsprechend herabzusetzen ist, wenn die Zuwendung weniger wert war, oder die Vollziehung der Auflage mehr Aufwendungen erforderte, als man ursprünglich annahm, oder dass der Beschenkte von der Vollziehung der Auflage immer insoweit befreit wäre, als er zu diesem Zwecke mehr aufwenden müsse, als die Zuwendung beträgt[1]. Lammfromm[2] und Oertmann[3] wollen dem Beschenkten mit einer Einrede bezw. einer Kondiktion nach Analogie des § 526 helfen.

Aber § 526 gibt die Einrede dem Beschenkten nur, wenn das Missverhältnis infolge eines Mangels im Recht oder eines Mangels der verschenkten Sache hervorgerufen ist. Ist der Wert der Aufwendung zur Vollziehung der Auflage aus einem anderen Grunde grösser als der Wert der Zuwendung, so kann der Beschenkte die Vollziehung nicht verweigern. Gerade den in § 526 gegebenen speziellen Voraussetzungen gegenüber erscheint eine analoge Anwendung als ausgeschlossen. Oertmann sucht seine abweichende Ansicht auch noch durch den Hinweis auf das Prinzip des § 242 zu begründen. Aber spricht nicht Treu und Glauben gegen die Ansicht Oertmanns? Es steht ja im freien Belieben des Beschenkten, ob er das Geschenk annehmen will oder nicht. Seine Pflicht ist es, sich Gewissheit darüber zu verschaffen, ob er die Vollziehung der Auflage mit den Mitteln der Zuwendung wird bestreiten können. Handelt er hierbei nachlässig,

---

[1]) So Endemann Bd. I § 164 Anm. 20.
[2]) a. a. O. S. 153.
[3]) § 525.

so muss er eben die Folge seiner Nachlässigkeit tragen[4]. Wie sollten auch Nachlässigkeit, falsche Berechnungen oder verfehlte Spekulationen des Beschenkten es vermögen, den Schenker noch zu neuen Opfern zu veranlassen und zu zwingen? Da ist es nur gerecht, den Beschenkten für die Erfüllung der übernommenen Verpflichtung einstehen zu lassen. Vigilantibus jura sunt scripta! Es ist indessen sehr wohl möglich, dass der Beschenkte, wenn der Wert der Zuwendung hinter dem Wert des zur Vollziehung der Auflage Aufzuwendenden zurückbleibt, die Annahme des Geschenkes wegen Irrtums anfechten kann, wenn die Voraussetzungen dazu vorliegen.

II. Was die letztwilligen Auflagen betrifft, so ist grundsätzlich das Höchstmass des zur Vollziehung der Auflage Aufzuwendenden der Betrag der Zuwendung. Für den beschwerten Vermächtnisnehmer normiert dies § 2187. Ein Vermächtnisnehmer, der mit einer Auflage beschwert ist, kann die Erfüllung der Auflage auch nach der Annahme des Vermächtnisses insoweit verweigern, als dasjenige, was er aus dem Vermächtnis erhält, zur Erfüllung nicht ausreicht.

Der beschwerte Erbe darf schlechthin die Einrede der Dürftigkeit des Nachlasses geltend machen, wenn die Ueberschuldung des Nachlasses durch Auflagen herbeigeführt ist. (§ 1992). Die Haftungsbeschränkung auf den Nachlass geht dem Erben nur in dem Falle verloren, wenn er allen Nachlassgläubigern gegenüber unbeschränkt haftet.

III. Man könnte versucht sein, nach Analogie der letztwilligen Auflagen auch bezüglich der einer Schenkung zugefügten Auflage zu einen von dem oben deduzierten, abweichenden Ergebnisse zu gelangen.

Der Grund, weshalb bei letztwilligen Auflagen eine Haftung des Beschwerten über den Wert der Zuwendung hinaus nicht Platz greift, während bei der einer Schenkung beigefügten Auflage unter Umständen der Aufwand zur

---

[4]) Vgl. Crome, System des bürgerl. Rechts Bd. II, S. 519, Note 17: »Falsche Kalküls des Beschenkten sind sein eigner Schade.«

Vollziehung der Auflage den Wert der Zuwendung übersteigen kann, liegt meines Erachtens in Folgendem:

Die Schenkung unter einer Auflage ist ein Geschäft unter Lebenden. Der Beschenkte übernimmt die Erfüllung der Auflage mit der Annahme der Schenkung als Vertragspflicht. Er ist in der Lage festzustellen, ob die Auflagevollziehung aus der Zuwendung bestritten werden kann oder nicht. Ist letzteres der Fall, so kann er den Schenker auf das Missverhältnis von Zuwendung und Aufwand zur Vollziehung der Auflage hinweisen und ihm anheimgeben, eine Modifikation in der Auflageverpflichtung eintreten zu lassen, oder er kann den Schenker zum völligen Verzicht auf die Auflage veranlassen. Bei letztwilligen Auflagen ist das nicht möglich. Der Erblasser ist verstorben, und eine Herabsetzung der Auflageleistung kann nicht mehr stattfingen. Um nun den Verfügungen des Erblassers den rechtlichen Bestand zu sichern, da eine überschwerte Zuwendung regelmässig ausgeschlagen werden wird, wird die Haftung auf den Bestand der Zuwendung beschränkt, zumal dies auch dem Willen des Erblassers entsprechen würde. Es ist auch noch zu erwägen, dass Schenkungen in der Regel alsbald vollzogen werden, während letztwillige Verfügungen häufig erst Jahre lang nach ihrer Errichtung durch den Tod des Erblassers in Wirksamkeit treten. Nun kann eine Auflageverpflichtung, die zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung den Betrag der Zuwendung nicht erreicht, möglicher Weise zur Zeit des Erbfalls infolge Aenderung in den wirtschaftlichen Verhältnissen die Zuwendung übersteigen. Schwerlich würde der Erblasser ein solches Ergebnis gewollt haben.

III. Teil.

Die Vollziehung.

1. Abschnitt.

Gemeinsame Grundsätze.

§ 18.

Die Klageberechtigten.

Entspricht eine Auflage den in Teil II aufgestellten Erfordernissen, so kann ihre Vollziehung von dem Beschwerten verlangt werden. Die Befugnis, auf Vollziehung der Auflage zu klagen entspricht dem gemeinen Recht und dem sächsischen Recht (sächs. B.G.B. § 1066). Im preussischen Recht ist es streitig. Die herrschende Lehre verneint es und erkennt nur den Rückforderungsanspruch an.

Die wichtigste Frage ist: Wer kann die Vollziehung der Auflage verlangen?

1. Bei der einer Schenkung beigefügten Auflage steht dieses Recht in erster Linie dem Schenker und nach seinem Tode seinen Erben zu.

Die Erben des Schenkers werden häufig kein Interesse an der Vollziehung der Auflage haben und daher geneigt sein, sich von dem Beschenkten für den Verzicht auf die Erfüllung der Auflage abfinden zu lassen. Um nun in solchem Falle, wo ein öffentliches Interesse an der Vollziehung der Auflage vorhanden ist, die Vollziehung von dem guten Willen der Erben des Schenkers unabhängig zu stellen, ist im Entwurf II die Vorschrift des Abs. 2 in § 525 hinzugefügt. Liegt

demnach ein öffentliches Interesse vor, so ist »auch« d. h. neben den Erben die zuständige Behörde berechtigt, die Vollziehung der Auflage zu fordern. Wann ein öffentliches Interesse vorliegt, ist quaestiv facti. Man wird ein öffentliches Interesse als gegeben annehmen müssen, wenn das Interesse am Vollzug der Leistung irgendwie über den Kreis bestimmter Privatpersonen hinausgeht. Es sind also hierher zu zählen staatliche, kommunale, kirchliche provinzielle etc. Interessen. Welche Behörde zuständig ist, bestimmt das Landesrecht. In Preussen ist der Minister zuständig, dessen Geschäftsbereich nach dem Zweck der Auflage betroffen wird; er kann mit der Geltendmachung des Anspruchs auch eine nachgeordnete Behörde beauftragen.[1]

Verzichtet der Erbe auf sein Forderungsrecht (wohl zu unterscheiden von dem Verzicht auf die Auflage, welcher dem Erben nicht zusteht) so wird dadurch der Anspruch der Behörde, die Vollziehung der Auflage zu verlangen nicht berührt.

2. Sind mit einer Zuwendung Auflagen insbesondere solche, aus denen regelmässig wiederkehrende Leistungen z. B. zu Armenunterstützungen zu bestreiten sind, an eine Gemeinde oder öffentlich-rechtliche Korporation gemacht, so wird die Vollziehung auch von der übergeordneten Behörde im Aufsichtswege erzwungen werden können. Hier handelt es sich aber nicht um einen zivilrechtlichen Anspruch, sondern es greifen die Grundsätze des öffentlichen Rechts ein.[2]

3. Ist die Auflage zu Gunsten eines Dritten angeordnet, so hat auch der Dritte selbst das Recht die Vollziehung der Auflage zu verlangen. (§ 330 Satz 2), da die Auflage eine unentgeltliche Leistung ist. Denn der Dritte hat einen selbständigen Anspruch nur, wenn dies vom Schenker beabsichtigt war. Diese Absicht wird man mit Hellwig[3] dann als gegeben anzunehmen haben, wenn die Leistung an den Dritten eine unentgeltliche ist. Dem nicht jede einer unentgeltlichen Zu-

[1]) Art. 7 der Verordnung zur Ausführung des B.G.B. vom 16. 11. 1899; im übrigen vgl. Becher, Ausführungsgesetze zum B.G.B.

[2]) Planck zu § 525.

[3]) Verträge auf Leistung an Dritte S. 155.

wendung beigefügte Auflage zur Leistung an einen Dritten giebt dem Dritten ein Recht auf den Vollzug. So soll insbesondere der Dritte im Zweifel dann nicht berechtigt werden, wenn der Beschenkte den Dritten als den Gläubiger des Schenkers befriedigen soll (§ 329). Da es sich nun auch bei den übrigen in § 330 geregelten Fällen um unentgeltliche Leistungen an den Dritten handelt, so wird in der Unentgeltlichkeit der Leistung mit Recht das entscheidende Merkmal dafür zu erblicken sein, ob der Dritte unmittelbar forderungsberechtigt sein soll.

4) Das Recht des Dritten, die Vollziehung der Auflage zu fordern, steht gleichwertig neben dem des Schenkers oder dessen Erben (§ 335). Der Dritte kann nicht mehr Rechte geltend machen als der Schenker selbst und namentlich auch nicht früher.[4] Liegt nun in diesem Falle eine Gesamtgläubigerschaft im Sinne des § 428 vor? Hellwig[5] führt hierzu aus, es könne keinem Zweifel unterliegen, dass diese Rechtsverhältnisse unter den weiten Begriff der Gesamtgläubigerschaft fielen, wie diese in § 428 entsprechend der Gesamtschuldnerschaft (§ 421) definiert sei. Unser Rechtsverhältnis sei ein Fall der Gesamtgläubigerschaft gerade so sehr, wenn auch mit Besonderheiten, wie der Fall einer erbrechtlichen Auflage, bei der mehrere Personen auf Bewirkung der Auflageleistung klagen können, oder der Fall der Konkurrenz der Erben des Schenkers mit der Behörde (§ 525 Abs. 2). Richtig möge sein, dass die Verfasser des Gesetzes nur an die Fälle gedacht hätten, in denen jeder Gesamtgläubiger die Leistung an ihn selbst fordern könne.

Dem ist nicht zuzustimmen, da nicht alle Voraussetzungen einer Gesamtgläubigerschaft vorliegen. Freilich besteht in unserem Falle, wie im Falle einer Gesamtgläubigerschaft nur eine einmalige Leistungspflicht seitens des Beschwerten. Die weitere Voraussetzung bei einer Gesamtgläubigerschaft, dass die Leistung, vom Standpunkt des Schuldners aus betrachtet, an einen

---

[4]) Motive Bd. II S. 301.
[5]) Verträge auf Leistung an Dritte S. 310 f.

der Gesamtgläubiger dieselbe ist wie an einen der übrigen, dass die Leistungen also relativ identisch sind[6] ist in unseren Falle ebenfalls gegeben; denn in unserem Falle ist die Leistung nicht nur relativ, sondern absolut identisch; da die von dem Beschenkten dem Schenker und infolge der Vererbung dessen Erben versprochene, dem Dritten geschuldete Leistung sich selbst gleich ist. Weil als Voraussetzung bei einer Gesamtgläubigerschaft schon relative Leistungsidentität auf Schuldnerseite hinreichend ist, so genügt um so mehr absolute Leistungsidentität.

Eine weitere Voraussetzung der Gesamtgläubigerschaft ist die Gleichheit der Forderungsrechte der einzelnen Gesamtgläubiger.[7] »Jeder Gläubiger muss dasselbe Verhalten des Schuldners von seinem Standpunkt aus verlangen können«. Dies ist aber in unserem Falle anders; es besteht hier eine Verschiedenheit der Forderungsrechte; denn der Dritte, zu dessen Gunsten die Auflage angeordnet ist, kann die Leistung an sich verlangen, während der Schenker oder dessen Erben »höchstens die Leistung der Leistung« fordern können.

Die Frage, ob im Falle der Konkurrenz der Erben des Schenkers mit der zuständigen Behörde (§ 525 Abs. 2) eine Gesamtgläubigerschaft vorliegt, ist weiter unten in diesem Paragraph zu behandeln.

II) Bei den letztwilligen Auflagen kann der Anordner nicht mehr für die Vollziehung Sorge tragen. Damit nun die Vollziehung nicht einzig dem moralischen Pflichtbewusstsein des Beschwerten überlassen bleibt, sondern rechtlich erzwungen werden kann giebt § 2194 gewissen Personen das Recht, die Vollziehung der Auflage zu verlangen. Die Tendenz des § 2194 ist, für alle Fälle einen Klageberechtigten bereit zu halten. Darnach steht das Recht einem jeden zu, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zu Statten kommen würde. Bei Beschwerung eines einzelnen von mehreren Erben steht es also dem für den-

[6]) Vgl. Abrahamsohn. Sind beim Versprechen der Leistung an einen Dritten der Versprechensempfänger und der forderungsberechtigte Dritte Gesamtgläubiger. S. 27.

[7]) Vgl. Abrahamschen a. a. O. S. 29, 30.

selben eingesetzten Ersatz- oder Nacherben und in Ermangelung eines solchen jedem Miterben, bei Beschwerung des einzigen eingesetzten Erben, sowie bei gemeinschaftlicher Beschwerung aller Erben in Ermanglung von Ersatzerben oder Nacherben den gesetzlichen Erben zu.

Ist ein Vermächtnisnehmer mit einer Auflage beschwert, so kann der Ersatzbedachte, in Ermangelung eines solchen der mit diesem Vermächtnis beschwerte Erbe die Vollziehung verlangen, da er durch den Wegfall des Vermächtnisnehmers von der Vermächtnisschuld befreit wird.

Ist die Auflage von der Art, dass ihre Vollziehung im öffentlichen Interesse liegt, so kann »auch« die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen. Wann ein öffentliches Interesse gegeben ist, sowie die Frage, welche Behörde zuständig ist, ist oben schon berührt. Auch hier wird unter den gleichen Voraussetzungen wie oben die Vollziehung der Auflage nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts im Aufsichtswege erzwungen werden können.

Ist eine Auflage vertragsmässig angeordnet, so hat das nur eine formelle Bedeutung. Nicht etwa erwirbt der Vertragsgegner das Recht, die Vollziehung der Auflage verlangen zu können, selbst wenn er an der Erfüllung der Auflage ein Interesse hat, es sei denn, dass er zu den nach § 2194 berechtigten Personen gehört.

Die vertragsmässige Anordnung erschwert nur den Widerruf, keineswegs wird der Kreis der berechtigten Personen dadurch erweitert.[8]

2. Die Berechtigung des im § 2194 Bezeichneten, die Vollziehung der Auflage verlangen zu können, ebenso die des Testamentsvollstreckers, der nur beaufsichtigender Vollstrecker ist, ferner die Berechtigung der zuständigen Behörde in § 525 Abs. 2 soll nach den Motiven (Bd. V S. 214) ein Forderungsrecht sein, das den allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts insoweit unterworfen sei, als nicht aus dem Mangel

[8]) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 596.

eines Vermögensinteresses des Berechtigten sich das Gegenteil ergebe.

Aber ein Forderungsrecht setzt ein materielles Schuldverhältnis voraus[9] und zur Entstehung eines Schuldverhältnisses bedarf es wiederum eines besonderen Verpflichtungsaktes. Ein solcher liegt aber zwischen den vorgehend erwähnten Berechtigten und dem mit der Auflage Beschwerten nicht vor; im Gegenteil, sie stehen in gar keiner rechtlichen Beziehung zu einander; die Berechtigten sind nicht Gläubiger einer Obligation, aber sie sind materiell berechtigt, die Klage auf Vollziehung der Auflage zu erheben, mit anderen Worten: sie sind anspruchsberechtigt d. h. sie haben ein Recht darauf, von dem Beschwerten ein der angeordneten Auflage entsprechendes Tun oder Lassen zu verlangen, nicht haben sie ein Schuldrecht auf solches Tun oder Lassen des Beschwerten, sondern sie haben nur einen Anspruch.

Ganz korrekt sprechen daher die Ausführungsverordnungen mehrerer Bundesstaaten zu §§ 525, Abs. 2, 2194, Satz 2, von der Geltendmachung des »Anspruchs«.[10]

Eine wichtige Konsequenz daraus, dass das Recht nach § 2194 nicht aus einer Obligation entspringt ist die, dass der Anspruch nicht zum Vermögen des Berechtigten gehört, daher höchst persönlich ist.[11]

Hieraus ergeben sich des weiteren bemerkenswerte Folgerungen: Als höchstpersönliches Recht ist der Anspruch nicht übertragbar und nicht vererblich. Häufig wird der Erbe des Anspruchsberechtigten allerdings anspruchsberechtigt werden, aber nicht weil er Erbe des Anspruchsberechtigten geworden ist, sondern weil er nunmehr die Stellung eines nach § 2194 Berechtigten einnimmt, also kraft eigenen Rechts nicht kraft Rechts seines Erblassers.

---

[9]) vgl. Giercke, Entwurf S. 519; Kohler S. 259, 260.

[10]) vgl. z. B. Art. 7 preussische Verordnung zur Ausführung des B. G. B. vom 16. 11. 99; § 3 der Verordnung zur Ausführung des B. G. B. in Sachsen-Coburg u. Gotha vom 24. 11. 99; Art. 7 der Verordnung zur Ausführung des B. G. B. in Waldeck-Pyrmont vom 20. 12. 99.

[11]) Kohler. S. 261 ff.

Von Bedeutung kann dies besonders in dem Falle werden, wo ein Testamentsvollstrecker anspruchsberechtigt ist. Stirbt dieser, nachdem er Klage auf Vollziehung der Leistung erhoben hat, im Laufe des Prozesses, so sind seine Erben zur Aufnahme und Fortführung des Prozesses nicht berechtigt. Fehlt es auch an einem substituierten Testamentsvollstrecker, so ist die Fortführung des angestrengten Prozesses unmöglich.

Da der Anspruch einmal kein Vermögensrecht ist, sodann auch nicht übertragbar ist und drittens keine Pflicht des Berechtigten besteht, den Anspruch geltend zu machen, dies vielmehr seinem Belieben überlassen bleibt, so besteht ein dreifacher Grund dafür, dass der Anspruch nicht in den Konkurs fallen kann.

Sind mehrere Anspruchberechtigte vorhanden, z. B. der Miterbe und die zuständige Behörde, so sollen sie nach Hellwig[12] Gesamtgläubiger sein. Auch Abrahamsohn[13] hält hier Gesamtgläubigerschaft für vorliegend, weil hier mehrere vorhanden sind, die sämtlich das gleiche Recht haben, dieselbe Leistung, dasselbe facere von dem Beschwerten verlangen zu können, der Beschwerte die Leistung nur einmal zu bewirken verpflichtet ist.

Ich möchte trotzdem eine Gesamtgläubigerschaft nicht annehmen; denn es ist meines Erachtens noch ein weiteres zu berücksichtigen. Bei einer Gesamtgläubigerschaft besteht ein zivilrechtliches Band zwischen dem einzelnen Gesamtgläubiger und dem Schuldner. Weil mehrere Personen das auf ein Zivilrecht gegründete gleiche Recht haben, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern in der Weise, dass jeder die ganze Leistung fordern kann, der Schuldner die Leistung aber nur einmal zu bewirken verpflichtet ist, besteht mit Rechtsnotwendigkeit eine Gesamtgläubigerschaft.

Ob der einzelne Berechtigte Gesamtgläubiger sein will oder nicht, ob er von seinem Recht Gebrauch macht oder nicht, ist gleichgültig; er ist trotzdem Gesamtgläubiger und zwar mit Rechtsnotwendigket auf

---

[12]) Verträge auf Leistung an Dritte. S. 310 ff.
[13]) Sind beim Versprechen etc. S. 40.

Grund eines Zivilrechts, er wird vom Recht als Gesamtgläubiger angesehen und berücksichtigt.

Anders ist aber die Sachlage in unserem Falle. Nach § 2194 können die dort Genannten die Vollziehung der Auflage verlangen; damit sind sie aber nicht kraft Rechtsnotwendigkeit berechtigt, eben weil ihre Berechtigung sich nicht auf ein Zivilrecht gründet, welches eine zivilrechtliche Beziehung zwischen dem Berechtigten und dem Schuldner herstellt, vielmehr sind die in § 2194 Genannten nur ermächtigt, die Vollziehung der Auflage fordern zu dürfen. Berechtigt sind sie erst, wenn sie von der Ermächtigung Gebrauch machen; vorher nimmt das Recht auf sie keine Rücksicht. In unserem Falle sind also erst mehrere Berechtigte vorhanden, wenn sowohl der Erbe wie die Behörde mit ihrem Anspruch auf Vollziehung der Auflage hervortreten, also auf Grund individuellen Beliebens. Jeder macht unbekümmert um den anderen seinen Anspruch geltend nicht auf Grund eines Zivilrecht, sondern auf Grund einer einem jeden gewährten Ermächtigung, von der Gebrauch zu machen dem individuellen Belieben und der ureigensten Entschliessung eines jeden anheimgegeben ist. Freilich geht das nunmehrige Verlangen eines jeden auf dasselbe Ziel, nämlich dass der Beschwerte die Auflage vollziehe. Aber das verschlägt nichts; hat doch das Gesetz nicht einmal eine dem § 427 entsprechende Vermutung aufgestellt, dass ein mehreren gegebenes Versprechen diese zu Gesamtgläubigern mache.

Die gleiche zivilrechtliche Beziehung des einzelnen Berechtigten zum Beschwerten fehlt in unserem Falle; es ist deshalb das Vorliegen einer Gesamtgläubigerschaft wohl zu verneinen, eher wird auf unseren Fall die Analogie der Berechtigung mehrerer Gläubiger auf eine unteilbare Leistung (§ 432) zutreffen. Denn bei der Annahme einer Gesamtgläubigerschaft würde ein objektiver Erlassvertrag oder ein Vergleich seitens des einen Berechtigten mit dem Beschwerten, den anderen Berechtigten in der Geltendmachung seines Anspruchs lahm legen, und die Vollziehung der Auflage könnte vereitelt werden.

Dies Resultat ist sicher nicht beabsichtigt, vielmehr hat das Gesetz durch eine mehrfache Ermächtigung dem Anordnenden eine Garantie geben wollen, dass die Auflagevollziehung möglichst gesichert werde. Diesen Zweck des Gesetzes wird aber die Rechtsanalogie einer Gesamtgläubigerschaft nicht gerecht.

Der Anspruchsberechtigte macht seinen Anspruch geltend. Sind mehrere Anspruchsberechtigte, so bestehen auch mehrere Ansprüche. Die Geltendmachung des Anspruchs seitens des einen Berechtigten hindert den anderen Berechtigten nicht, gleichfalls seinen Anspruch geltend zu machen, und zwar auf das Ganze.

Wie kann nun der Belastete der Gefahr einer solchen mehrfachen Geltendmachung des Anspruchs begegnen?

Man wird mit Kohler[14] dem Beschwerten im Wege der Rechtsanalogie Schutz gewähren und ihm das Recht geben, den übrigen Anspruchsberechtigten gemäss §§ 72, 75 C. P. O. den Streit zu verkünden.

»Es ist zwar in unserem Falle nicht die Rede von einem Dritten, der die Forderung für sich in Anspruch nimmt, wohl aber von einem Dritten der in seinem Namen die gleiche Leistung begehren kann und der Grund des Gesetzes trifft daher in vollem Masse zu.«

Jeder Anspruchsberechtigte macht seinen Anspruch geltend. Bedenken könnten hier entstehen, wenn der Anspruchsberechtigte die Person des Leistungsempfängers bestimmen soll. Wird hier durch die Leistung an den durch den einen Anspruchsberechtigten bezeichneten Leistungsempfänger der Beschwerte auch gegenüber dem Anspruch eines anderen Berechtigten frei? Dies ist zu bejahen; denn der Anspruchsberechtigte gilt hier, wo er den Leistungsempfänger zu bestimmen hat, nicht als Anspruchsberechtigter, sondern als Dritter im Sinne des § 2193.[15]

Mit der Leistung an den von dem einen Berechtigten bezeichneten Dritten hat sich die objektive Zweckbestimmung der Auflage erschöpft.

---

[14]) l. c. S. 264, 265.
[15]) vgl. Kohler S. 265.

Derselbe Zweckgedanke wie in § 2194 tritt auch im Falle der Konkurrenz des Erben des Schenkers mit der zuständige Behörde zu Tage. Auch hier ist keine Gesamtgläubigerschaft vorhanden, es fehlt die gleiche zivilrechtliche Beziehung der Berechtigten zum Beschenkten. Denn der Beschwerte übernimmt die Erfüllung der Auflage als Vertragspflicht und der Erbe des Schenkers tritt in diese Obligation ein. Die zuständige Behörde dagegen steht in gar keiner zivilrechtlichen Beziehung zu dem Beschenkten, sondern sie ist nur berechtigt, wenn sie es auf Grund der ihr erteilten Ermächtigung sein will.

3. Wie ist aber in dem Falle zu entscheiden, wenn derjenige Anspruchsberechtigte, welchem der Wegfall des mit der Auflage Beschwerten unmittelbar zu Statten kommen würde, erbunwürdig ist? In diesem Falle muss von dem an sich nach § 2194 Berechtigten abgesehen und die Anspruchsberechtigung demjenigen zuerkannt werden, welchem der Wegfall des Beschwerten zu Statten kommen würde, wenn der Erbunwürdige nicht vorhanden wäre. Zur Rechtfertigung dieser Entscheidung ist zu erwägen, dass der jetzt Anspruchsberechtigte in die Lage kommen kann, durch Erhebung der Erbunwürdigkeitsklage den Anfall der Erbschaft an ihn herbeizuführen, sodass ihm mithin ein unmittelbares nicht nur ein eventuelles Recht auf die Erbschaft zusteht[16] und dass der Gesetzgeber diese Entscheidung selbst getroffen haben würde, wenn er diesen Fall vor Augen gehabt hätte.[17]

4. Nicht zu den nach § 2194 anspruchsberechtigten Personen gehören die Pflichtteilsberechtigten; denn „es entspricht schwerlich dem Willen des Erblassers, Personen die er von der Erbfolge ausgeschlossen hat, gewissermassen zu Vollstreckern der letztwilligen Verfügungen zu machen[18].

Nach römischem Recht besteht ein allgemeiner Rechtssatz mit dem Inhalt, dass derjenige, dem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zu

---

[16]) Planck Bd. V § 2194.
[17]) Strohal, Erbrecht S. 297.
[18]) Protokolle Bd. V. S. 245.

Statten kommen würde, die Vollziehung der Auflage zu verlangen berechtigt ist, nicht. Von einem Recht, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, kann aber, wenn ein Erbe beschwert ist, in der Art die Rede sein, dass dem mit der Auflage beschwerten Erben, der die Erfüllung der Auflage verweigert, die Geltendmachung des Erbruchts versagt wird (D. 27, 2, 1, 3). Auch kann bei der Erbteilung der Anspruch auf Vollziehung der Auflage von dem einen Miterben gegen den anderen, der mit der Auflage beschwert ist, geltend gemacht werden (D. 10, 2, 18, 2). Ist mit der Auflage ein Vermächtnisnehmer beschwert, so konnte ihre Vollziehung dadurch erzwungen werden, dass dem Beschwerten die Geltendmachung des Anspruchs auf das Vermächtnis versagt wurde, bis er Sicherheit für die Vollziehung der Auflage bestellt hat (D. 32 l. 19); es müsste denn ein Dritter ein Recht auf die Erfüllung der Auflage haben, in welchem Falle es diesem überlassen bleibt, ob er von seinem Recht Gebrauch machen will oder nicht.

5. Der Entwurf I hatte auch den Testamentsvollstrecker als anspruchsberechtigt ausdrücklich erwähnt. Seine Weglassung in § 2194 hat aber nicht die Bedeutung, dass er nun nicht berechtigt sei, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, vielmehr ergibt sich diese Befugnis zweifellos aus den Vorschriften des 6. Abschnitts des 5. Buches, so dass eine spezielle Anführung in § 2194 überflüssig war.

Ist nun ein Testamentsvollstrecker ernannt, so haben wir in Hinblick auf die Vollziehung der Auflage drei Fälle zu unterscheiden:

a) Normaler Weise soll der Testamentsvollstrecker den Nachlass regulieren, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung bringen (§ 2204). In diesem Falle hat er auch die angeordneten Auflagen selbst zur Ausführung zu bringen.

Ist der Erbe im Widerspruch mit dem Testamentsvollstrecker der Ansicht, dass eine Auflage ungültig oder anfechtbar oder aus einem sonstigen Grunde nicht zu erfüllen sei, so muss er entweder im Wege der

Feststellungsklage auf Feststellung dieser Tatsache oder im Wege der Leistungsklage auf Unterlassung der Erfüllung klagen. Andererseits kann auch der Testamentsvollstrecker den Erben im Wege der Feststellungsklage zur Aufgabe seines Widerspruchs nötigen. Handelt es sich aber um Auflagen, die ihrer Natur nach nur vom Erben erfüllt werden können, z. B. persönliche Leistungen, so liegt dem Testamentsvollstrecker nur die Beaufsichtigung der Ausführung ob. Er kann, wenn der Erbe die Auflage nicht erfüllt, die Vollziehung von demselben im Wege der Klage verlangen.

b) Die Machtbefugnisse des Testamentsvollstreckers können von dem Erblasser eingeschränkt werden. So kann der Erblasser abweichend vom Normalfall anordnen, dass der Testamentsvollstrecker die letztwilligen Verfügungen nicht selbst ausführen soll, so das dem Testamentsvollstrecker nur eine beaufsichtigende Tätigkeit zukommt. In diesem Falle ist er berechtigt, die Ausführung der Auflage von dem Erben zu verlangen (§ 2208 Abs. 2). Vollzieht der Erbe die Auflage nicht, so kann er vom Testamentsvollstrecker im Klagewege zur Vollziehung gezwungen werden.

c) Endlich kann ein Testamentsvollstrecker auch bloss zu dem Zwecke ernannt sein, dass er für die Ausführung der einen Vermächtnisnehmer auferlegten Auflage Sorge trägt (§ 2223). Alsdann hat der Testamentsvollstrecker den Gegenstand des beschwerten Vermächtnisses selbst einzufordern und aus demselben die Auflagen selbst zu erfüllen, soweit aber die Erfüllung nur durch den beschwerten Vermächtnisnehmer selbst erfolgen kann, die Erfüllung durch diesen, nötigenfalls im Klagewege zu erzwingen[19].

6. Wie schon erwähnt ist die Geltendmachung des Anspruchs dem freien Belieben des Berechtigten überlassen; einen Zwang gibt es nicht. Nach § 2194 ist derjenige anspruchsberechtigt, dem der Wegfall des Beschwerten unmittelbar zu Statten kommen würde. Es ist also, abgesehen von dem Falle, wo die Konkurrenz mit der zuständigen Behörde vorliegt, nur

---

[19]) Motive Bd. V. S. 245 fg, Protokolle Bd. V. S. 317.

dieser eine anspruchsberechtigt. Als Konsuquenz daraus ergibt sich, dass, wenn dieser eine Anspruchsberechtigte den Anspruch nicht geltend macht — und dies wird nur zu häufig der Fall sein, da der Berechtigte in der Mehrzahl der Fälle gar kein Interesse daran hat, ob die Auflage erfüllt wird und deshalb vor den Umständlichkeiten der prozessualen Geltendmachung zurückschreckt —, die Vollziehung der Auflage unterbleibt. Es können auch der Anspruchsberechtigte und der Belastete dahin paktieren, dass die Erfüllung der Auflage unterbleiben soll. Ein wenig erfreuliches Resultat, wenn in dieser Weise das Vertrauen, das der Erblasser in das moralische Pflichtbewusstsein des Belasteten gesetzt hatte, nicht gerechtfertigt wird, und die Vollziehung von Auflagen, an deren Erfüllung der Erblasser ein begründetes Interesse hatte, unterbleibt. Andererseits würde es auch bedenklich gewesen sein, gleichzeitig mehreren Personen die Anspruchsberechtigung zuzugestehen, da der Belastete dann der Gefahr chikanöser Prozesse seitens der mehreren Anspruchsberechtigten ausgesetzt worden wäre. Ob es deshalb nicht besser gewesen wäre, die Vollziehung der Auflage analog dem österreichischen B. G. B. §§ 817, 819, welches freilich die ganze Nachlassregulierung dem Abhandlungsgericht überträgt, in die Hand des Nachlassgerichts zu legen? Es ist allerdings nicht zu leugnen, dass mit einer solchen Massnahme eine grössere Belastung des Nachlassgerichts eintreten würde; andererseits würde aber auch wieder eine Abnahme von Prozessen auf Vollziehung der Auflage zu verzeichnen sein.

Gegen die ganze Regelung in § 2194 erklärt sich in seiner Vorliebe für das französische Recht, welches die Auflage nicht kennt und sich mit den Bedingungen hilft, Scherer[20]; er bemerkt zu § 2194: „Es ist jedenfalls unvernünftig, fünf anderen Personen ein Klagerecht auf Vollziehung der Auflage zu gewähren, aber es demjenigen zu versagen, dem die Auflage zu Gute kommen soll". Aber mit diesen pathetischen Worten gibt

[20]) Bd. V zu § 2194.

Scherer kund, dass er den eigenartigen Charakter der Auflage verkennt. Die in der Auflage Begünstigten sollen im Gegensatz zum Vermächtnis gerade keinen Anspruch auf Erfüllung erhalten. Denn häufig soll dem Beschwerten ein weitgehendes Wahlrecht über die Person eingeräumt werden, welcher die Leistung zu Gute kommen soll und ein weitgehendes Ermessen in Bezug auf die Art und Weise der Vollziehung der Leistung. Damit nun aber die Vollziehung rechtlich erzwungen werden kann, stellt das Gesetz in § 2194 für alle Fälle einen Klageberechtigten bereit. Dass allerdings die Auflage häufig unerfüllt bleiben wird, weil der nach § 2194 Berechtigte seinen Anspruch nicht geltend macht, ist nicht zu leugnen.

§ 19.

Zeit der Entstehung der Klagberechtigung und der Fälligkeit der Auflageleistung.

Es sind zwei Zeitpunkte zu unterscheiden; einmal der Zeitpunkt, in welchem das Recht, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, entsteht, und der Zeitpunkt der Fälligkeit der Auflageleistung.

I. Zeitpunkt der Entstehung der Klagberechtigung.

1. Hinsichtlich der einer Schenkung beigefügten Auflage ist in dieser Beziehung zu unterscheiden, ob die Schenkung real vollzogen wird, oder ob nur ein Schenkungsversprechen vorliegt. Bei der Realschenkung entsteht das Recht, die Vollziehung zu verlangen, sofort (§ 525). Liegt dagegen nur ein Schenkungversprechen vor, so muss der Schenker seinerseits erfüllt haben, bevor er die Vollziehung der Auflage verlangen kann. Nach § 525 entsteht also die Forderung auf Vollziehung der Auflage erst durch die Leistung des Schenkers, nicht bedeutet die Bestimmung des § 525 nur eine Hinausschiebung der Fälligkeit der Leistung. Im römischen Recht ergab sich das gleiche Resultat aus den Erfordernissen der actio praescriptis verbis. Auch wenn der Fall des § 330 Satz 2 vorliegt, ist der Dritte nicht früher berechtigt, als bis der Schenker die Schenkung vollzogen hat.

Cosack[1] behauptet, der Beschenkte werde nicht erst durch die Vollziehung der Schenkung seitens des Schenkers, sondern schon durch Annahme des Schenkungsversprechens zur Erfüllung der Auflage verpflichtet. Er führt folgendes Beispiel an: »A. hat seinem Bruder B ein Geschenk von 1000 Mk. mit der Auflage versprochen, die väterliche, von B. ererbte Münzensammlung nicht zu veräussern. B. nimmt das Versprechen des A. an, bricht aber die Auflage sofort. A. kann, auch wenn er die 1000 Mk. noch nicht bezahlt hat, die Sammlung gerichtlich mit Beschlag belegen lassen.« Dem ist nicht zuzustimmen. Wenn auch schon das Schenkungsversprechen eine, wenn auch unsichere Vermögenspost für den Beschenkten bildet, so ist doch dem klaren und bestimmten Wortlaute des § 525 gegenüber eine Interpretation im Sinne Cosack's nicht angängig; denn erst durch die vollzogene Zuwendung soll der Beschenkte nach Art einer Realobligation verpflichtet werden und regelmässig soll gerade die vollzogene Schenkung dem Beschenkten die Mittel zur Vollziehung der Auflage gewähren. Sollte es sich in dem Beispiele Cosacks nicht um eine Bedingung handeln? Jedenfalls hat A. einen peremtorischen Einwand gegen die Klage auf Zahlung der 1000 Mk.

Es ist indessen zu beachten, dass die Vorschrift des § 525 nur dispositiver Natur ist. Darnach ist also der Fall wohl möglich, dass die Auflage schon vor der Bewirkung der versprochenen Schenkung zu erfüllen ist. Unterbleibt die Erfüllung der Auflage, so hat der Schenker gegenüber der Klage des Beschenkten auf Bewirkung der Schenkung eine exceptio doli, die dahin geht, er sei bis zur Vollziehung der Auflage berechtigt, die Erfüllung der Schenkung zu verweigern.

2. Für letztwillige Auflagen erscheint, wenn ein Erbe der Beschwerte ist, eine analoge Anwendung der §§ 2176 fg durchaus geboten. Darnach entsteht das Recht, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, mit dem Erbfalle, und zwar ipso jure. Ist die Auflage unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung

---

[1]) Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. I § 140, 1, b,

eines Anfangstermins angeordnet, so entsteht der Anspruch erst mit dem Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins, sofern der Eintritt der Bedingung nicht schon vor dem Erbfall erfolgt ist; in diesem Falle entsteht das Recht sofort mit dem Erbfall. Ist der in einer Auflage Begünstigte zur Zeit des Erbfalls noch nicht geboren, so entsteht das Recht aus § 2194 mit der Geburt. Soll die Persönlichkeit der Begünstigten durch ein erst nach dem Erbfalle eintretendes Ereignis bestimmt werden, so entsteht das Recht erst mit Eintritt dieses Ereignisses, ist eine noch nicht entstandene juristische Person begünstigt, erst mit der Entstehung derselben.

Eine entsprechende Anwendung der §§ 2162, 2163 ist nicht vorgesehen. Die Auflage ist vielmehr abweichend vom Vermächtnis ohne Zeitbeschränkung zugelassen. Die zweite Kommission hat einen Antrag auf Einführung einer zeitlichen Beschränkung der Auflage in der Erwägung abgelehnt, dass ein Bedürfniss hierzu bei der Auflage nicht bestehe, andererseits auch berechtigte Interessen gefährdet werden könnten, insbesondere müssten solche Anordnungen unverkürzt zugelassen werden, nach denen aus einem Kapital erst nach längerer Zeit, vielleicht nach vorgängiger Ansammlung von Zinsen wiederkehrende Leistungen zu entrichten sind.[2]

Ist ein Vermächtnisnehmer mit einer Auflage beschwert, so kann die Vollziehung der Auflage von dem Beschwerten erst gefordert werden, wenn er die Erfüllung des ihm zugewendeten Vermächtnisses zu verlangen berechtigt ist (§ 2186).

II. Fälligkeit der Auflageleistung.

Ueber die Fälligkeit der Auflageleistung enthält das B.G.B. abgesehen von der Vorschrift des § 2181 keine besonderen Bestimmungen. Ergiebt daher der Inhalt der Auflage keinen Anhaltspunkt für die Fälligkeit der Leistung, so ist auf die allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse zurückzugreifen.

1. Der Berechtigte kann darnach die Vollziehung alsbald nach dem Entstehen des Rechts verlangen,

[2]) Protokolle Bd. V. S. 242.

ebenso ist der Beschwerte berechtigt, die Leistung alsbald zu bewirken. (§ 271 Abs. 1). Ist jedoch eine Zeit für die Leistung bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, dass der Berechtigte die Vollziehung der Auflage nicht vor diesem Zeitpunkt fordern, der Beschwerte die Leistung aber vorher bewirken kann. (§ 271 Abs. 2). Als besonderen Fall hat das B.G.B. den vorgesehen, wenn die Zeit der Erfüllung dem freien Belieben des Beschwerten überlassen ist. Nach § 2181 wird die Leistung dann im Zweifel mit dem Tode des Beschwerten fällig.

2. Von dem Vermächtnisnehmer kann die Vollziehung frühestens gefordert werden, wenn er das Vermächtnis, auf dem die Auflage ruht, zu verlangen berechtigt ist. (§ 2186). Diese Vorschrift enthält eine positive Voraussetzung für den frühesten Zeitpunkt der Fälligkeit. Es hat also derjenige, welcher den Anspruch auf Vollziehung der Auflage geltend machen kann (§§ 2194, 2223), zu beweisen, dass der Vermächtnisnehmer seinerseits Erfüllung verlangen kann.

Nicht ist die Fälligkeit der Auflageleistung davon abhängig, dass der beschwerte Vermächtnisnehmer das Vermächtnis auch angenommen hat. Damit wäre den Personen, welche die Vollziehung der Auflage verlangen können, der Beweis der Annahme des Vermächtnisses seitens des beschwerten Vermächtnisnehmers auferlegt, welcher Beweis in der Mehrzahl der Fälle ein sehr schwieriger sein würde. Leichter ist es hingegen dem beschwerten Vermächtnisnehmer nachzuweisen, dass er das Vermächtnis nicht angenommen hat. Erhebt der Anspruchsberechtigte Klage gegen den Vermächtnisnehmer, und macht dieser die Klage dadurch gegenstandslos, dass er nachträglich das Vermächtnis ausschlägt, so würden ihm gemäss §§ 87, 89 C.P.O. die Kosten auferlegt werden können.

§ 20.

Ort der Vollziehung der Auflage.

Darüber, an welchem Orte die Leistung durch den Beschwerten zu bewirken ist, fehlt es im B.G.B. an

speziellen Vorschriften. Es ist daher auf die Bestimmungen der §§ 269, 270 zurückzugreifen.

Ist demnach ein Ort für die Leistung weder bestimmt, noch aus den Umständen zu entnehmen, so hat die Leistung an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Beschwerte zur Zeit der Anordnung der Auflage bezw. des Erbfalles seinen Wohnsitz hatte. Bei letztwilligen Auflagen wird vielfach, wenn es sich um die Leistung eines bestimmten im Nachlass vorhandenen Gegenstandes handelt, der letzte Wohnsitz des Erblassers massgebend sein, ohne Unterschied ob der Erbe oder ein Vermächtnisnehmer beschwert ist. Denn die Leistung an diesem Orte wird in der Mehrzahl der Fälle als vom Erblasser gewollt sich aus den Umständen ergeben. Lässt sich diese Annahme aber nicht feststellen, so ist wieder auf § 269 zurückzugehen, wonach der Wohnsitz des Beschwerten, also des Erben bezw. des Vermächtnisnehmers massgebend ist.

Wilke[1] gelangt zu einem anderen Ergebnis. Er deduciert folgendermassen: »Sonst (d. h. wenn der Wohnsitz des Erblassers nicht aus den Umständen oder nach dem Willen des Erblassers sich als Leistungsort ergiebt) muss als Schuldner im Sinne des § 269 auch wo ein Vermächtnisnehmer der Beschwerte ist, der Erbe gelten; da die Leistung des Gegenstandes der Auflage eine Nachlassverbindlichkeit ist, und folgeweise als Wohnsitz des Schuldners der Wohnsitz des Erblassers zur Zeit des Erbfalles angesehen wird.« Aber die Verbindlichkeit aus der Auflage entsteht erst mit dem Tode des Erblassers und wenn als Leistungsort dann der Wohnsitz des Schuldners gelten soll, so ist doch wohl der Wohnsitz des Erben oder des Vermächtnisnehmers, denen die Auflageverbindlichkeit obliegt, hierunter zu verstehen.

§ 21.

Kosten der Vollziehung der Auflage.

Wem die Kosten der Vollziehung einer Auflage zur Last fallen, ist im Gesetzbuch nicht bestimmt. Nach

[1]) Commentar zu § 2174.

allgemeinen Grundsätzen sind sie dem Beschwerten zur Last zu legen; denn wer zu einer Leistung verpflichtet ist, hat auch dasjenige aufzuwenden, was erforderlich ist, um die Leistung zu bewirken.[1]

Dies trifft auch für den Fall zu, wo dem Beschwerten die Verschaffung des Leistungsgegenstandes obliegt.[2]

Ob den Beschwerten auch die Erbschaftssteuer trifft, ist eine dem öffentlichen Recht angehörige Frage; vgl. z. B. preussisches Erbschaftssteuergesetz vom 31. Juli 1895 § 29.

2. Abschnitt.

Haftung des Beschwerten für die Vollziehung der Auflage.

A. Auflage bei der Schenkung.

§ 22.

Die Haftung des Beschenkten.

Mit der Auflage will der Anordnende Zwecke erfüllt wissen, die ohne seine Anordnung voraussichtlich unerfüllt bleiben würden. Deshalb spielt die Vollziehung der Auflage die Hauptrolle. Wie sich die Vollziehung im einzelnen gestaltet, und welche Modifikationen sich unter Umständen ergeben können, ist im Folgenden zu untersuchen.

I.) Nach § 525 ist der Beschenkte zur Vollziehung der Auflage verpflichtet, unter Umständen, wie wir oben gesehen haben, noch über den Betrag des Zugewendeten hinaus, wenn der Schenker seinerseits die Schenkung real vollzogen hat. Nach dem Tode des Beschenkten sind seine Erben zur Vollziehung verpflichtet, da sie in die Verbindlichkeiten ihres Erblassers eintreten. Die Bedingung für die Verpflichtung des Beschenkten zur Vollziehung der Auflage ist also die Vorausleistung des Schenkers. Dies hat der Schenker in seiner Klage auf Vollzug zu behaupten und gegebenenfalls zu beweisen.

Die strikte Durchführung des § 525 könnte zu Härten gegen den Beschenkten führen. Denn mag

[1]) Motive Bd. V. S. 393.
[2]) Abw. A. L. R. I. Titel 12 § 312.

auch der verschenkte Gegenstand noch so grosse Mängel haben, oder das zu verschaffende Recht mangelhaft sein, so ist, wenn der Schenker sich nur nicht Arglist zu Schulden kommen lässt, die Schenkung seitens des Schenkers vollzogen, und er könnte nun seinerseits die Erfüllung der Auflage von dem Beschenkten verlangen. Aus Billigkeitsrücksichten wird hier dem Beschenkten ein von den Voraussetzungen der §§ 523, 524 unabhängiger Schutz gewährt. Er hat eine dilatorische Einrede gegen den Anspruch auf Vollziehung der Auflage, soweit infolge eines Mangels im Rechte oder eines Mangels der verschenkten Sache der Wert der Zuwendung die Höhe der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen nicht erreicht und zwar so lange, bis der durch den Mangel entstandene Fehlbetrag ausgeglichen wird. Die dilatorische Einrede ist selbst dann gegeben, wenn dem Beschenkten der Mangel des Geschenkes bei dessen Annahme bekannt gewesen ist (vgl. § 526 Satz 1 gegen Satz 2). Die Einrede kann durch Nachzahlung des Fehlbetrages — nicht des ganzen infolge des Mangels entstandenen Minderwerts der Schenkung — abgewendet werden.

Hatte aber der Beschenkte bei Entdeckung des Mangels der Schenkung die Auflage bereits erfüllt, so ist es in konsequenter Durchführung des Grundsatzes des § 526 Satz 1 nur ein Gebot der Billigkeit, dass ihm um ein Ausgleichungsanspruch gegen den Schenker gewährt wird; denn der Beschenkte soll nicht darunter büssen, dass er ohne seine Schuld einen Schaden erlitten hat. Voraussetzung bleibt aber die positive Unkenntnis des Mangels; fahrlässige Unkenntnis genügt nicht. Hat der Beschenkte in Kenntnis des Mangels die Auflage erfüllt, so liegt darin ein Verzicht auf den Ausgleichungsanspruch. Nicht ist auch noch erfordert, dass ihm das infolge des Mangels entstehende Missverhältnis zwischen Geschenk und Auflage bekannt war.

Ueber den Rechtsgrund des Ersatzanspruchs selbst bestehen verschiedene Ansichten:

1. Crome[1] führt ihn auf die Billigkeit und die Analogie der gegenseitigen Verträge zurück. Der Hinweis auf die Billigkeit ist durchaus berechtigt. Dagegen ist die Analogie der gegenseitigen Verträge, da es sich doch nur um einen zufällig zweiseitigen Anspruch handelt, nicht anzuwenden.

2. Nach Oertmann[2] ist der Ausgleichungsanspruch als eine besondere Art der condictio indebiti aufzufassen, bei der es entgegen § 813 genügt, dass die Schuld des Leistenden durch eine bloss dilatorische Einrede gehemmt war. Diese Ansicht ist durchaus verfehlt; denn § 813 verlangt strikt eine poremtorische Einrede. Auch in anderer Beziehung stehen der Bezugnahme auf § 813 Bedenken entgegen. Denn der Beschenkte hat mit der Vollziehung der Auflage eine Verpflichtung erfüllt, zu welcher Erfüllung er durch die Annahme des Geschenkes verbunden war. Konnte auch der Beschenkte bis zur Nachzahlung des Fehlbetrages die Vollziehung verweigern, so war doch immerhin eine Verpflichtung auf seiner Seite vorhanden. Näher läge es vielleicht noch eine negotiorum gestio anzunehmen; aber auch dies ist nicht ohne Bedenken. Man wird daher mit Hellwig sagen müssen, dass hier ein Aequitätsanspruch eigener Art vorliegt.

Ist der Beschenkte im Falle des § 526 Satz 2 zur Vollziehung der Auflage eine Verbindlichkeit eingegangen, so kann er vom Schenker in der Höhe des durch den Wert des empfangenen Geschenkes nicht gedeckten Betrages Befreiung von der Verbindlichkeit oder Sicherheitsleistung verlangen (§ 257).

Nach § 256 hat der Schenker auch den über den Wert der Zuwendung hinausgehenden und zur Vollziehung der Auflage verwendeten Betrag dem Beschenkten von der Zeit der Vollziehung an zu verzinsen.

II. Liegt der Fall vor, dass der Dritte, zu dessen Gunsten die Auflage angeordnet ist, forderungsberechtigt ist (§ 330 Satz 2), so hat der Beschenkte die dilatorische Einrede des § 526 Satz 1 auch gegen den

---

[1]) System des bürgerl. Rechts § 232.
[2]) Commentar zu § 526.

Dritten. Hat er aber in Unkenntnis der Mangelhaftigkeit des Geschenkes an den Dritten geleistet, so hat er gegen den Dritten einen Ausgleichungsanspruch nicht, sondern nur gegen den Schenker.

Was die Beweislast betrifft, so hat der Beschenkte den Beweis des Mangels und seiner Wirkungen in Rücksicht auf die Entstehung des Fehlbetrages zu führen. Hiergegen kann der Schenker den Beweis der vollzogenen oder der angebotenen Ausgleichung erbringen. Streitig ist es, ob dem Beschenkten die Beweislast dafür obliegt, dass er den Mangel des Geschenkes nicht gekannt hat,[3] oder ob der Schenker die den Anspruch ausschliessende Kenntnis des Beschenkten darzutun hat.[4] Ich möchte mich der letzteren Ansicht anschliessen, denn es wird dem Schenker leichter sein, die Kenntnis des Beschenkten nachzuweisen, als umgekehrt dem Beschenkten, seine Unkenntnis zu beweisen. Zudem spricht für die letztere Ansicht die analoge Verteilung der Beweislast beim guten Glauben in § 937 Abs. 2, wonach die bona fides vermutet wird.

III. Von Interesse ist noch die Frage der Aufrechnung, wenn die Auflageleistung an einen Dritten zu bewirken ist. Darf der Beschenkte dem Schenker gegenüber mit einer gegen diesen gerichteten Forderung aufrechnen?

Forderung und Gegenforderung bestehen zwischen denselben Personen, und die Gleichartigkeit des Leistungsgegenstandes vorausgesetzt, würde daher das gesetzliche Recht zur Aufrechnung Platz greifen können. Trotzdem dürfte die aufgeworfene Frage zu verneinen sein. Denn nach dem Inhalte der Auflageverpflichtung, namentlich wegen der besonderen Art und Weise, in welcher der Beschenkte zu erfüllen verpflichtet ist, ist anzunehmen, dass die gesetzlich zulässige Aufforderung ausgeschlossen ist. Nach der stillschweigenden Absicht der Kontrahenten soll die Leistung des Beschenkten den Charakter einer Speziesschuld haben, die nicht

[3]) So Dernburg, Bürgerl. Recht § 210,5.
Crome, System Bd. II, § 232.
[4]) So Oertmann, Staudinger zu § 526.

durch die aufzurechnende Gegenleistung vertreten werden kann. Dagegen wird man dem Beschenkten das Recht zugestehen müssen, mit einer ihm gegen den Dritten zustehenden Forderung aufrechnen zu können.

B. Letztwillige Auflagen.

§ 23.

Haftung des Alleinerben.

Der Tod des Erblassers löst für die nach § 2194 Berechtigten das Recht aus, die Vollziehung der Auflage fordern zu können.

I. Solange indessen der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat, oder die sechswöchige Frist für die Ausschlagung noch nicht abgelaufen ist, kann der Anspruch auf Vollziehung der Auflage gegen ihn nicht geltend gemacht werden. (§ 1958.)

Bis dahin kann er die Einlassung auf den über diesen Anspruch gegen ihn anhängig gemachten Rechtsstreit durch die prozesshindernde Einrede der mangelnden Parteifähigkeit (§ 274 Abs. 2, Nr. 7 C. P. O.) verweigern.

Ist er daher im Termin nicht vertreten, so kann ein Versäumnisurteil gegen ihn nicht erlassen werden, wenn schon aus dem Klagevorbringen hervorgeht, dass er die Erbschaft noch nicht angenommen hat; denn die Vorschrift des § 1958 ist keine Einrede, wie Planck[1] lehrt; dies ergibt das zwingende »kann nicht«.

Sollte eine Einrede statuiert werden, so würde die technische Wendung »ist der Erbe berechtigt, die Leistung zu verweigern« gebraucht sein.[2]

Um nun den nach § 2194 Berechtigten die Geltendmachung ihres Anspruchs zu ermöglichen, hat das Nachlassgericht, wenn weder ein Testamentsvollstrecker ernannt, noch ein Nachlasspfleger bestellt ist, sowie abgesehen von dem Falle der schon vorher erfolgten Eröffnung des Nachlasskonkurses, auf ihren Antrag

---

[1]) Bd. V zu § 1958 S. 52.
[2]) vgl. Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 225 Anm. 17.

einen Nachlasspfleger zu bestellen (§ 1961), gegen den die Klage zu richten ist. Steht allerdings dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses nicht zu, so ist auch in diesem Falle ein Nachlasspfleger zu bestellen.

Die Zwangsvollstreckung aus dem ergehenden Urteile ist nur in den Nachlass, nicht auch in das eigene Vermögen des Erben zulässig. (§ 778 C. P. O.)

Besteht der Inhalt der Auflageleistung in einer nicht vertretbaren Handlung des Erben, so ist freilich bis zur Annahme überhaupt nichts zu machen.

II. Hat der Erbe die Erbschaft angenommen, oder ist die Ausschlagungsfrist abgelaufen, so ist nunmehr der Erbe zur Vollziehung der Auflage verpflichtet; die Anspruchsberechtigten können im Wege der Klage gegen den Erben vorgehen, und die Zwangsvollstreckung kann auch in das eigene Vermögen des Erben erfolgen.

1. Normaler Weise, d. h. wenn ein solventer Nachlass vorhanden ist, und auch das Verhalten und die Vermögenslage des Erben zu keinem Bedenken Anlass geben, wird diese einfache Gestaltung Platz greifen. Häufig hat der Erbe bei Annahme der Erbschaft, namentlich bei umfangreicher und verwickelter Erbschaft, noch keine Uebersicht über den Stand des Nachlasses und dessen Zulänglichkeit zur Berichtigung aller Nachlassverbindlichkeiten. Das Gesetz gewährt deshalb dem Erben eine Schutzfrist in Gestalt einer dilatorischen Einrede (§§ 2014, 2015). Darnach kann der Erbe die Auflageerfüllung in den ersten drei Monaten nach Annahme der Erbschaft verweigern; jedoch nicht über die Errichtung des Inventars hinaus; denn wenn der Erbe ein Inventar errichtet hat, so hat er damit einen Einblick in die Nachlassverhältnisse erhalten, und der Zweck der Schutzfrist entfällt somit. Der Erbe kann allerdings die aufschiebenden Einreden auch geltend machen, wenn ihm die Solvenz des Nachlasses bekannt ist; hiergegen werden sich die Berechtigten in concreto durch § 226 schützen können. Im Falle der Bestellung eines Nachlasspflegers vor Annahme der Erbschaft beginnen die Fristen mit der Bestellung.

Die Tragweite der §§ 2014, 2015 ergibt sich aus den Vorschriften der §§ 305, 782 C. P. P. Darnach ist auch während dieser Fristen Verurteilung des Erben unter dem Vorbehalte der beschränkten Haftung und selbst Zwangsvollstreckung möglich. Diese ist jedoch auf die zur Vollziehung eines Arrestes zulässigen Massregeln beschränkt. Dagegen steht die Schutzfrist der Eröffnung des Nachlasskonkurses nicht entgegen.

2. Sind die aufschiebenden Einreden im Interesse des Erben gegeben, so ist andererseits auch den Anspruchsberechtigten ein Mittel gewährt, einen Einblick in die Verhältnisse des Nachlasses zu gewinnen. Auf Antrag der Anspruchsberechtigten hat das Nachlassgericht dem Erben zur Erichtung eines Inventars, in welchem die beim Eintritt des Erbfalls vorhandenen Nachlassgegenstände und die Nachlassverbindlichkeiten vollständig angegeben werden müssen, eine Frist zu bestimmen (§ 1994). Auf Grund des ordnungsmässig errichteten Inventars erhält der nach § 2194 Berechtigte eine Übersicht über die Nachlassgegenstände, in welche er die Zwangsvollstreckung betreiben kann. Er entgeht damit der Gefahr, dass die Zwangsvollstreckung auf einen zum eigenen Vermögen des Erben gehörigen Gegenstand gerichtet wird, und der Erbe hinterher die ihm im Urteile vorbehaltene Beschränkung seiner Haftung geltend macht. Hat andererseits der Erbe wegen schuldhaften Verhaltens bei der Inventarerrichtung die Beschränkbarkeit seiner Haftung eingebüsst (vgl. §§ 1994 Abs. 1, 2005 Abs. 1, 2006 Abs. 3), so kann der Erbe, wenn die Zwangsvollstreckung in einen zu seinem eigenen Vermögen gehörigen Gegenstand erfolgt ist, nicht widersprechen.

Auf Grund des Inventars können die nach § 2194 Berechtigten auch in Erwägung ziehen, ob sie die Nachlassverwaltung beantragen wollen.

3. Andererseits hat der Erbe, um nach dem Schuldenbestandteile des Nachlasses feststellen zu können, ob nicht etwa die Voraussetzungen des Nachlasskonkurses oder der Nachlassverwaltung vorliegen, das Recht des Aufgebots der Nachlassgläubiger. Durch

dieses Aufgebot werden aber die Auflagen nicht berührt (§ 1972). Denn wie die Protokolle[3] mit Recht bemerken, entfalle bei den Auflägen der Zweck des Aufgebotes deshalb, weil der Erbe von diesen Ansprüchen regelmässig schon in Folge der Verkündigung der vom Erblasser hinterlassenen Verfügungen von Todeswegen ausreichende Kunde erhalte. Ausserdem komme noch in Betracht, dass aus den Auflagen keine Gläubigerrechte entspringen. Endlich dürfte nicht übersehen werden, dass die zur Geltendmachung von Auflagen Berechtigten möglicher Weise von den betreffenden Ansprüchen erst Kenntnis erlangen, nachdem das Aufgebot bereits erlassen ist."

Der Ausschluss eines Gläubigers im Aufgebotverfahren hat keineswegs das Erlöschen seiner Forderung zur Folge, aber der Erbe kann die Befriedigung der im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlassgläubiger insoweit verweigern, als der Nachlass durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft ist. Dieser Rechtsnachteil ist im Aufgebotsverfahren anzudrohen (§ 995 C. P. O). Hat nun der Erbe eine Auflageverbindlichkeit erfüllt, so müssen die ausgeschlossenen Gläubiger die Auflagevollziehung als für Rechnung des Nachlasses erfolgt anerkennen. Selbst der Umstand, dass ihre Ansprüche dem Erben bekannt waren, gibt ihnen kein Recht, vor den Auflagen befriedigt zu werden und auch keinen Ersatzanspruch gegen den Erben. Sobald aber der ausgeschlossene Gläubiger nachträglich, wenn auch aussergerichtlich, seine Forderung geltend macht, hat der Erbe zunächst diese Forderung zu befriedigen, bevor er an die Erfüllung der Auflage geht. Vollzieht der Erbe trotz der nachträglichen Anmeldung die Auflage vor der Befriedigung des ausgeschlossenen Gläubigers, so ist er letzterem für den Ausfall haftbar (§ 1973). Die praktische Bedeutung des § 1973 wird durch § 222 KO. und § 3a des Anfechtungsgesetzes erheblich verringert. Der ausgeschlossene Gläubiger, der wegen verspäteter Geltendmachung seiner Forderung einen Ausfall erleidet, kann immer

[3]) Bd. V. S. 774, 775.

noch auf Grund des § 222 K.O. und § 3a des Anfechtungsgesetzes im Wege der Anfechtung Befriedigung erhalten, da nach diesen Vorschriften die an Auflageempfänger bewirkte Leistung in gleicher Weise anfechtbar ist, wie eine unentgeltliche Verfügung des Erben.

Nach § 1974 haben die Nachlassgläubiger ihre Ansprüche spätestens innerhalb 5 Jahren nach dem Erbfall, oder wenn der Erblasser für tot erklärt wird, nach dem Erlass des Urteils auf Todeserklärung gegen den Erben geltend zu machen, andernfalls können sie sich nur an die aus dem Nachlass noch vorhandenen Gegenstände halten; eine Nachlassabforderung können sie nicht mehr verlangen. Doch darf der Erbe die Auflagen erst nach allen anderen als ausgeschlossen geltenden Forderungen erfüllen (§ 1974 Abs. 2). Können aber die Nachlassgläubiger nachweisen, dass ihr Anspruch dem Erben vor Ablauf der 5 Jahre bekannt geworden ist, so entfällt die Anwendung des § 1974. Und diese Kenntnis seitens des Erben liegt bei den Auflagen vor; da er ja von den Auflageverbindlichkeiten Kenntnis durch die Verkündung der letztwilligen Verfügungen erhält.

4. Das Aufgebot beschränkt die Haftung des Erben nur gegenüber den nachträglich sich meldenden Gläubigern. Aber er kann seine Haftung allen Gläubigern gegenüber gegenständlich auf den Nachlass beschränken, dadadurch dass er Nachlassverwaltung oder Nachlasskonkurs beantragt; dadurch wird er zugleich der Verwaltung des Nachlasses überhoben.

Hat der Erbe vor Anordnung der Nachlassverwaltung oder Eröffung des Nachlasskonkurses eine Auflage erfüllt, so müssen die sonstigen Nachlassgläubiger die Vollziehung der Auflage als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten lassen, wenn der Erbe, ohne dass ihm Fahrlässigkeit zu Last fällt, annehmen durfte — und dies hat er zu beweisen —, dass der Nachlass zur Befriedigung aller Nachlassgläubiger ausreichen würde (§ 1979). Hatte er die Auflage aus den Mitteln des Nachlasses erfüllt, so kann er das zur Erfüllung der Auflage geleistete bei der Herausgabe des Nachlasses an den Nachlassverwalter bzw. den Konkurs-

verwalter voll in Ansatz bringen. Dass die Auflage im Konkurs den letzten Rang einnimmt, ist gleichgültig. Hatte der Erbe die Auflage aus den Mitteln seines eigenen Vermögens erfüllt, so hat er im Konkurse bezüglich seines Ersatzanspruchs die Stellung eines Massegläubigers (§§ 224 Nr. 1, 57 K. O) bestand die Annahme, dass der Nachlass zur Erfüllung aller Nachlassverbindlichkeiten ausreichen würde, nicht, so ist er den anderen Nachlassgläubigern ersatzpflichtig (vgl. auch § 225 Abs. 2 K. O.)

Haben so die Gläubiger vererbter Schulden, wenn ein Erbe unter den Voraussetzungen des § 1979 eine Auflage erfüllt hat, gegen den Erben keinerlei Ersatzanspruch, so kann die Erfüllung der Auflage, wenn es zur Eröffnung des Nachlasskonkurses kommt, nach § 222 KO. durch den Konkursverwalter in gleicher Weise angefochten werden, wie eine vom Erben auf Kosten des Nachlasses gemachte unentgeltliche Zuwendung. Ausserhalb des Konkurses besteht ein analoges Anfechtungsrecht zu Gunsten eines jeden einzelnen benachteiligten Nachlassgläubigers, der im Konkursverfahren dem Anspruche auf Vollziehung der Auflage vorgehen würde, oder ihm gleichstehen würde (§ 3a, Anfechtungsgesetz). Im Falle der Nachlassverwaltung erfolgt die Anfechtung durch den Nachlassverwalter. Die Geltendmachung dieser Anfechtungsrechte besteht auch in dem Falle, wo für den Erben die Voraussetzung des § 1979 nicht vorliegt, und er ersatzpflichtig ist. Natürlich fällt die Ersatzpflicht dann fort, wenn die Anfechtung erfolgreich durchgeführt ist.

a) Hat der Erbe Zweifel an der Solvenz des Nachlasses, und sind die Erbschaftsverhältnisse verwickelt, so wäre es unbillig, wenn er den Nachlass in eigene Verwaltung nehmen müsste. Es würde ihm auch eine Gefahr insofern drohen, als er, wenn sich schliesslich die Insolvenz des Nachlasses herausstellt, und er Nachlassverbindlichkeiten aus eigenen Mitteln berichtigt hat, im Nachlasskonkurse nicht vollen Ersatz erlangen würde. Deshalb ist ihm das Recht gewährt, die Anordnung der Nachlassverwaltung beim Nachlassgericht zu beantragen, sofern er nicht für die Nachlassverbind-

lichkeiten bereits unbeschränkt haftet. (§§ 1981 Abs. 1, 2014). Eine bestimmte Zeitgrenze ist ihm nicht gesetzt. Das Recht, auf Anordnung einer Nachlassverwaltung anzutragen, steht auch dem nach § 2194 Berechtigten zu, wenn der Antrag innerhalb zwei Jahren nach Annahme der Erbschaft gestellt wird, und Grund zu der Annahme besteht, dass die Vollziehung der Auflage auf dem Nachlass durch das Verhalten oder die ungünstige Vermögenslage des Erben gefährdet wird (§ 1981 Abs. 2). Diese Tatsachen sowie ihren Anspruch haben die Berechtigten klar zu stellen und glaubhaft zu machen. Ob der Erbe noch beschränkbar oder unbeschränkt haftet, macht keinen Unterschied. Der Antrag kann im Interesse der Gläubiger abgelehnt werden, wenn eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Masse nicht vorhanden ist. (§ 1982). Stellt sich die Tatsache erst nach Anordnung der Nachlassverwaltung heraus, so kann die Anordnung wieder aufgehoben werden (§ 1988 Abs. 2). Man wird jedoch dem Antrage nach Analogie von § 107 Abs. 1, Satz 2 K.O statt zugeben haben, wenn der Berechtigte einen entsprechenden Kostenvorschuss leistet. Freilich wird dies wohl selten vorkommen, da die nach § 2194 Berechtigten an der Vollziehung der Auflage materiell garnicht interessiert sind. Wird dem Antrage auf Anordnung der Nachlassverwaltung stattgegeben, so wird dem Erben die Verwaltung des Nachlasses entzogen, und die Berechtigten des § 2194 können ihre Ansprüche gegen ihn nicht mehr geltend machen; denn der Erbe hat die Passivlegitimation nicht mehr. War der Rechtsstreit auf Vollziehung der Auflage vor der Anordnung der Nachlassverwaltung anhängig gemacht, so wird derselbe mit der Anordnung unterbrochen, bis der Nachlassverwalter dem Anspruchberechtigten von seiner Bestellung Anzeige macht, oder bis letzterer dem Nachlassverwalter seine Absicht, das Verfahren fortzusetzen, anzeigt (§ 251 Abs. 2. C. P. O.) Hatten die Berechtigten schon von der Anordnung der Nachlassverwaltung gegen den Erben ein vollstreckbares Urteil erlangt, so bedarf es einer Vollstreckungsklausel auf den Nachlassverwalter nicht, sondern die Vollstreckung kann in den Nachlass

stattfinden. Dagegen darf der Erbe gegen die auf Grund eines solchen Urteils in sein eigenes Vermögen erfolgende Zwangsvollstreckung gemäss §§ 781, 784, 785 C. P. O. Einspruch erheben, es sei denn, dass er für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet.

Mit der Anordnung der Nachlassverwaltung geht vielmehr die Verwaltung des Nachlasses auf den Nachlassverwalter über; er ist jetzt der rechte Beklagte (§ 1984 Abs. 1, Satz 3). Die wichtigste Auflage des Verwalters ist die Befriedigung der Nachlassgläubiger; hierfür trifft ihn die Verantwortlichkeit. Er darf deshalb die Auflage für Rechnung des Nachlasses erfüllen, wenn er annehmen durfte, dass der Nachlass zur Tilgung aller Nachlassverbindlichkeiten ausreiche; an eine bestimmte Rangordnung ist er bei der Erfüllung der Nachlassverbindlichkeiten nicht gebunden, er kann die Auflage auch vor der Befriedigung vererbter Schulden erfüllen (§§ 1985, 1979).

Haftet der Erbe bei Anordnung der Nachlassverwaltung schon unbeschränkt, so können die Berechtigten ihre Ansprüche auch in das eigene Vermögen des Erben verfolgen. Ist unter diesen Voraussetzungen auch über das eigene Vermögen des Erben Konkurs eröffnet, so können die Berechtigten aus der Konkursmasse nur für den Betrag verhältnismässige Befriedigung verlangen, zu welchem sie aus dem Nachlass verzichten, oder mit welchem sie bei der Ausschüttung des Nachlasses ausgefallen sind (§§ 234,64 KO.)[4]

b) Ein weiteres Mittel, welches den Nachlassgläubigern den Nachlass als alleiniges Befriedigungsobjekt gewährt und die Erbengläubiger von dem Zugriff auf den Nachlass ausschliesst, ist die Eröffnung des Nachlasskonkurses. Der Umstand, dass der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat, oder dass er für die Nachlassverbindlichkeiten bereits unbeschränkt haftet, steht der Eröffnung des Nachlasskonkurses nicht entgegen. War das Konkursverfahren über das Vermögen des Erblassers schon bei dessen Lebzeiten eröffnet, so geht es mit dem Erbfall in den Nachlasskonkurs über.

[4]) Jaeger, Erbenhaftung und Nachlasskonkurs S. 100.

Vorsaussetzung für die Eröffnung des Nachlasskonkurses ist die Ueberschuldung des Nachlasses (§ 215 KO). Für die Frage, ob der Nachlass überschuldet ist, bleiben indessen die Verbindlichkeiten aus Auflagen ausser Ansatz (§ 1980 Abs. 1, Satz 2.). Denn nach allgemeiner Auffassung entspricht es dem Willen des Erblassers nicht, dass Konkurs eröffnet würde, nur weil die Auflagen aus dem Nachlasse keine Deckung finden oder zu finden scheinen.

Zum Antrag auf Eröffnung des Konkurses ist berechtigt der Erbe, der Nachlassverwalter, wenn sich bei der Nachlassverwaltung die Ueberschuldung des Nachlasses herausgestellt hat, ein anderer Nachlasspfleger, der Testamentsvollstrecker, wenn ihm die Verwaltung des Nachlasses zusteht, die Nachlassgläubiger innerhalb 2 Jahren nach Annahme der Erbschaft (§ 217, vgl. ferner § 218 K.O.) Die nach § 2194 Berechtigten haben aber das Antragsrecht nicht (§ 219 Ab. 1 KO). Denn wenn der Nachlass schon durch andere Schuldverbindlichkeiten, was § 1980 Abs. 1 Satz 2 voraussetzt erschöpft ist, so fallen sie ja ohnedies aus. Sie haben deshalb gar kein Interesse an der Konkurseröffnung. Zudem ist ihr Schutz auch nicht so wichtig, da es sich doch bei der Auflage um eine Freigebigkeit handelt. Ist es zweifelhaft, ob der Nachlass überschuldet ist, so können sie ja, um sich gegen den Zugriff der eigenen Gläubiger des Erben zu schützen, die Nachlassverwaltung beantragen. Es wäre auch wenig pietätvoll, dem Erblasser den Dank für seine liberale Absicht dadurch abzustatten, dass man sein Andenken mit der Schmach des Nachlasskonkurses bedeckte. Jedoch haben die Berechtigten des § 2194 in dem Falle das Antragsrecht auf Eröffnung des Nachlasskonkurses, wenn auch über das eigene Vermögen des Erben Konkurs eröffnet ist. (§ 219 Abs. 1 Satz 2 KO.)

Unterlässt es der Erbe oder im Falle der angeordneten Nachlassverwalter, wenn ihm die Ueberschuldung des Nachlasses bekannt geworden oder infolge von Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, unverzüglich den Antrag auf Eröffnung des Nachlasskonkurses zu stellen, so ist er den Gläubigern für den daraus entstehenden

Schaden verantwortlich. Einen Schadensersatzanspruch kann indessen der nach § 2194 Berechtigte nur geltend machen, wenn er im Nachlasskonkurse nach § 226K.O. zum Zuge gekommen wäre.

Im Gegensatz zu § 63 K. O. können im Nachlasskonkurse alle Nachlassverbindlichkeiten geltend gemacht werden (§ 226 Abs. 1).

Hinsichtlich der Rangordnung nehmen die Ansprüche aus Auflagen zugleich mit den Vermächtnisforderungen den letzten Rang ein (§ 226 Abs. 2, Ziff. 5 K.O.). Hat der Erblasser durch Verfügung von Todeswegen angeordnet, dass eine Auflage vor einem Vermächtnis oder einer Auflage erfüllt werden soll, so ist diese Anordnung bei der Rangordnung zu beachten. (§ 226 Abs. 3 Satz 2 K.O.)

Was infolge der Anfechtung einer von dem Erblasser oder ihm gegenüber vorgenommen Rechtshandlung zur Konkursmasse zurückgewährt wird, darf nicht zur Erfüllung einer Auflage verwendet werden. (§228 Abs. 1.) Anders ist es, wenn eine vom Erben in Ansehung eines zum Nachlass gehörenden Gegenstandes vorgenommene Rechtshandlung, etwa auf Grund des § 222 K.O. durch den Konkursverwalter oder nach § 3a das Anfechtungsgesetzes angefochten wird. In diesem Falle kommt der dadurch für die Masse erlangte Zuwachs auch den Ansprüchen aus Auflagen zu Gute.

Solange das Verfahren dauert, können die nach § 2194 Berechtigten ihre Ansprüche nur gegen den Konkursverwalter geltend machen. Haftet der Erbe aber unbeschränkt, so können sie zur Befriedigung ihrer Ansprüche auch gegen das eigene Vermögen des Erben vorgehen. Ist auch über das eigene Vermögen des Erben Konkurs eröffnet, so dürfen sie, selbst, wenn der Erbe unbeschränkt haftet, ihre Ansprüche nicht zugleich im Nachlasskonkurse und Erbenkonkurse geltend machen.

Verzichten sie auf ihre Befriedigung im Nachlasskonkurse, so können sie ihre Ansprüche im Erbenkonkurse ganz durchsetzen. Andernfalls dürfen sie

nur den im Nachlasskonkurse erlittenen Ausfall im Erbenkonkurse zur Anmeldung bringen (§ 234 K. O.).[5]

An einem Zwangsvergleiche nehmen die nach § 2194 Berechtigten nicht teil, sie sind jedoch vor der Bestätigung zu hören; sie sind nicht stimmberechtigt, weil sie erst in Betracht kommen, wenn die vorangehenden Gläubiger voll befriedigt sind. Machen sie aber glaubhaft, dass der Zwangsvergleich ihr berechtigtes Interesse verletzt, so ist auf ihren Antrag der Zwangsvergleich zu verwerfen. Wird der Vergleich bestätigt, so steht ihnen hiergegen die sofortige Beschwerde zu (§ 230 K. O.).[6]

Wird das Verfahren wegen Unzulänglichkeit der Masse nach § 204 K. O. eingestellt, so ist § 1990[7] massgebend.

Wird nach § 202 K. O. der Nachlasskonkurs auf Antrag des Erben mit Zustimmung aller Konkursgläubiger eingestellt, so hört damit das Konkursverfahren auf. Die Haftung des Erben bestimmt sich den Anspruchsberechtigten gegenüber nach den getroffenen Vereinbarungen; fehlt es an einer Vereinbarung, so tritt der vordem vorhandene Rechtszustand wieder ein.

Haftete der Erbe den Anspruchsberechtigten schon zur Zeit der Eröffnung des Nachlasskonkurses unbeschränkt, so dauert diese Haftung auch nach der Beendigung des Verfahrens fort (§ 2013).

Ist der Nachlasskonkurs durch Verteilung der Masse beendigt, so haftet der Erbe für die nicht berichtigten Verbindlichkeiten aus Auflagen nur nach § 1973 (§ 1989) d. h. er braucht die ihm ausgehändigten Nachlassgegenstände dem Anspruchsberechtigten nur insoweit zur Verfügung zu stellen, als nach Abzug seiner Aufwendungen noch ein Ueberschuss verbleibt (§ 1973 Abs. 2).

Diese Beschränkbarkeit seiner Haftung kann ihm jetzt auch durch Bestimmung einer Inventarfrist nicht mehr entzogen werden (§ 2000 Satz 3).

---

[5]) Jäger, Erbenhaftung und Nachlasskonkurs S. 100.
[6]) Jaeger l. c. S. 83.
[7]) hierüber weiter unten in diesem §.

In gleicher Weise bestimmt sich die Haftung des Erben, wenn der Nachlasskonkurs durch Zwangsvergleich beendigt ist. (§ 1989).

5. Ist die Anordnung einer Nachlassverwaltung oder die Eröffnung des Nachlasskonkurses mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich, oder wird aus diesem Grunde die Nachlassverwaltung aufgehoben, oder das Konkursverfahren eingestellt, so bleibt der Nachlass unter der Verwaltung des Erben. Das Recht zur Beschränkung seiner Haftung muss ihm auch in diesen Fällen unter Wahrung der Interessen der Nachlassgläubiger gewährleistet werden. Dies geschieht durch die Vorschriften der §§ 1990, 1991, wobei vorausgesetzt ist, dass der Erbe nicht bereits unbeschränkt haftet. (§ 2013), was im Effekt auch dadurch geschehen kann, dass er die für die Geltendmachung der in § 1990 statuierten Einrede gegebenen prozessualen Voraussetzungen der §§ 780, 781, C.P.O. nicht erfüllt.

Nach § 1990 geschieht die Beschränkung der Haftung in der Weise, dass der Erbe den Nachlassgläubigern den Nachlass selbst zur Verfügung stellt. Will ihn ein Nachlassgläubiger über den Bestand des Nachlasses hinaus belangen, so kann der Erbe eine dahingehende Inanspruchnahme durch die Einrede, dass der Nachlass dazu nicht ausreiche, entgegentreten, die Haftungsbeschränkung erfolgt also von Fall zu Fall. Die Geltendmachung der Einrede ist nicht davon abhängig, dass die Anordnung der Nachlassverwaltung oder die Eröffnung des Nachlasskonkurses vergeblich beantragt ist, oder dass der Nachlass überschuldet ist. Der Erbe hat nur die Unzulänglichkeit des Nachlasses darzutun.

Für die Befriedigung der Nachlassgläubiger gilt der Grundsatz der Prävontion. Der Erbe kann sie in der Reihenfolge befriedigen, wie sie mit ihren Ansprüchen hervortreten. Jedoch darf er die Auflagen zusammen mit den Vermächtnissen erst nach Berichtigung aller anderen Nachlassverbindlichkeiten erfüllen (§ 1991 Abs. 4).

Verlangt ein nach § 2194 Berechtigter nun vom Erben die Vollziehung der Auflage, so hat er soviel

Gegenstände des Nachlasses bereit zu stellen, als zur Befriedigung des Anspruchs im Wege der Zwangsvollstreckung erforderlich ist. (§ 1990 Abs. 1 Satz 2).

Liegen die Voraussetzungen des § 1990 vor, so kann der Erbe dem Anspruchsberechtigten die Einrede des § 1990 entgegenhalten. In dem ergehenden Urteil ist auf Antrag des Erben die Beschränkung der Haftung vorzubehalten. Hatten die Anspruchsberechtigten im Wege der Zwangsvollstreckung bereits das eigene Vermögen des Erben ergriffen, so kann der Erbe Aufhebung dieser Massregeln verlangen (§ 1990 Abs. 2).[8]

Zu bemerken ist auch hier, dass einem nicht befriedigten Gläubiger vererbter Schulden, der infolge der Geltendmachung der Einrede des § 1990 nicht befriedigt wird, das Anfechtungsrecht nach § 3a des Anfechtungsgesetzes zusteht, wenn eine Auflage im Widerspruch mit § 1991 Abs. 4 erfüllt ist.

6. Die Vorschriften des §§ 1990, 1991 finden auch in dem Falle Anwendung, wenn die Ueberschuldung eines Nachlasses durch Vermächtnisse und Auflagen herbeigeführt ist. Wegen dieser Verbindlichkeiten findet gegen den Willen des Erben kein Nachlasskonkurs statt. Denn die Verbindlichkeiten aus Auflagen und Vermächtnissen zählen bei Berechnung der Ueberschuldung des Nachlasses nicht mit. Es würde auch weder der wirtschaftlichen Bedeutung dieser Zuwendungen noch der Absicht des Erblassers entsprechen, wenn es ihretwegen zur Konkurseröffnung über den Nachlass käme. Voraussetzung für die Geltendmachung der Einrede ist natürlich, dass der Erbe nicht bereits unbeschränkt haftet (§ 2013); dagegen ist nicht Voraussetzung, dass eine den Kosten des Konkursverfahrens entsprechende Masse nicht vorhanden sei. Natürlich ist § 1992 auch anwendbar, wenn ein bereits eröffneter Nachlasskonkurs in Folge Gantverzichts nach § 202 K.O. wieder eingestellt wird.[9]

Die Vorschrift des § 1992 geht aber insofern noch über § 1990 hinaus, als dem Erben, wenn er es vor-

[8]) Jaeger, l. c. S. 9.
[9]) Jaeger, l. c. S. 10.

zieht, die Nachlassgegenstände zu behalten, das Recht gewährt ist, die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlassgegenstände durch Zahlung des Wertes abzuwenden, und zwar ist der Wert zu Grunde zu legen, den die Gegenstände gegenwärtig haben, d. h. in dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von seinem Rechte Gebrauch macht. Kommt es zur Klage, so ist für die Bemessung des Wertes der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit massgebend, nicht, wie Planck[10] lehrt, der Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils. Denn der Beschwerte soll keinen Vorteil erlangen, wenn ein Nachlassgegenstand nach Erhebung der Klage an Wert verliert, wie er auch keinen Schaden davon haben soll, wenn der Gegenstand im Werte steigt, zumal der Beschwerte auch ohne Prozess die ihm gewährte Befugnis geltend machen konnte.

Wie ist aber zu entscheiden, wenn die Auflage eine in Geld nicht abschätzbare Leistung ist? In diesem Falle würde der Erbe die Erfüllung der Auflage stets verweigern können; denn es würde die Frage, ob eine Ueberschwerung durch die Auflage vorliegt, sich der Beantwortung entziehen. Diese Entscheidung muss selbst in dem Falle gelten, wo der Erbe infolge ordnungswidrigen Verhaltens bei der Inventarerrichtung unbeschränkt haftet. Denn die Verpflichtung zu unschätzbaren Handlungen oder Unterlassungen hat mit dem Inventar, welches Auskunft über den Bestand des Nachlasses geben soll, nichts zu tun.

III) Zu erwähnen ist noch der Fall, der praktisch allerdings so gut wie garnicht vorkommen wird, dass der Fiskus als Erbe mit einer Auflage beschwert ist. Dem Fiskus steht das unverlierbare Recht der Haftungsbeschränkung zu. Denn da ihm keine Inventarfrist gesetzt werden kann. (§ 2011 Satz 1), so kann er diese nicht versäumen, und es sind daher die Folgen des § 1994 ausgeschlossen. Die Beschränkung seiner Haftung tritt kraft Rechtsvorschritt ein, wenn er durch Klage belangt und verurteilt ist; eines besonderen Vorbehalts im Urteile Bedarf es nicht (§ 780 Abs. 2 C.P.O.)

---

[10]) Commentar zu § 1992.

Im übrigen sind die Grundsätze, die im Vorhergehenden für den Alleinerben erörtert sind, auch auf den Fiskus als Erben anzuwenden.

§ 24.

Haftung bei Mehrheit der Erben.

Sind mehrere Erben zur Vollziehung einer Auflage verpflichtet, so gestaltet sich die Vollziehung verschieden, je nachdem die Teilung des Nachlasses schon stattgefunden hat oder nicht. Es wird hier immer vorausgesetzt, dass die Erben gemeinschaftlich mit der Auflage beschwert sind. Für die einem einzelnen Erben auferlegte Auflage kann natürlich nur er allein verhaftet sein. Sind nicht alle Erben mit der Auflage belastet, so beschränkt sich die gemeinschaftliche Haftung nur auf die belasteten Erben.

I) Ist nun die Teilung des Nachlasses noch nicht erfolgt, so können die nach § 2194 Berechtigten die Vollziehung der Auflage aus dem ungeteilten Nachlass von sämtlichen Erben verlangen. Zur Zwangsvollstreckung in den Nachlass wird ein gegen alle Erben vollstreckbarer Titel erfordert. Die Berechtigten müssen daher alle Miterben gemeinschaftlich verklagen oder gegen jeden der Erben einen besonderen vollstreckbaren Titel bezüglich der ganzen Verbindlichkeit erwirken. Die Berechtigten haben aber auch das Recht, jeden als Gesamtschuldner haftenden Miterben auf Vollziehung der Auflage zu belangen. Auf Grund des gegen ihn vollstreckbaren Urteils kann der Berechtigte des § 2194 den Erbanteil desselben angreifen und im Wege der Zwangsvollstreckung pfänden (§ 859 Abs. 2 C.P.O.); damit erlangt er auch das Recht, die Auseinandersetzung der Miterben beantragen zu können. (§ 86 Abs. 2 F.G.G.) Nicht kann er dagegen die Zwangsvollstreckung in die einzelnen Nachlassgegenstände richten; denn an ihnen hat der einzelne Miterbe kein unmittelbares Anrecht (§ 2033 Abs. 2). Solange der Miterbe noch beschränkt haftet, kann er auch die Zwangsvollstreckung in sein eigenes Ver-

mögen durch die dilatorische Einrede des § 2059 Abs. 1 Satz 1 abwehren. Darüber, in welcher Weise der Miterbe dieses Recht geltend machen muss, hatte die zweite Kommission (nach der Denkschrift zum B. G. B. S. 324) für die C. P. O. einen § 696 f vorgesehen, wonach es eines Vorbehaltes im Urteile nicht bedürfe. Das ist aber nicht Gesetz geworden. Es ist also deshalb daran festzuhalten, dass ein Vorbehalt im Urteile nach § 780 C. P. O. erforderlich ist.[1] Ist der Anteil des Miterben schon von anderer Seite gepfändet, so steht dem Anspruchsberechtigten die Anschlusspfändung frei.

Haftete dagegen der Miterbe hinsichtlich der Verbindlichkeit aus der Auflage oder allen Nachlassgläubigern gegenüber unbeschränkt, so können die Anspruchsberechtigten auch das eigene Vermögen des Miterben ergreifen, aber nur soweit, als die Vollziehung der Auflage den dem Erbteile entsprechenden Teil der Auflageverbindlichkeit nicht übersteigt (§ 2059 Abs. 1 Satz 2).

Zur Wahrung des Rechts aus § 2059 Abs. 1 Satz 2 ist ein Vorbehalt im Urteile im Sinne des § 780 C.PO. weder erforderlich noch genügend, vielmehr muss im Urteile bestimmt werden, dass die Haftung des Miterben für die Zeit vor der Teilung nur ein anteilige sei.[2]

Ist die Nachlassverwaltung auf gemeinschaftlichen Antrag der Erben (§ 2062) oder eines Nachlassgläubigers (also auch eines nach § 2194 Berechtigten) angeordnet, oder der Nachlasskonkurs eröffnet, so können die Anspruchsberechtigten den Anspruch auf Vollziehung der Auflage regelmässig nur gegen den Nachlassverwalter bezw. den Konkursverwalter geltend machen, es sei denn, dass ein Miterbe unbeschränkt haftet. Doch hat dieser, wenn er in Anspruch genommen wird, das Recht aus § 2059 Abs. 1 Satz 2.

Ist die Anordnung der Nachlassverwaltung oder die Eröffnung des Nachlasskonkurses wegen Mangels

[1]) Strohal, Erbrecht S. 516.

[2]) Strohal, l. c. S. 517; Jaeger, Erbenhaftung u. Nachlasskonkurs S. 26.

einer den Kosten entsprechenden Masse untunlich oder wird aus diesem Grunde die Nachlassverwaltung aufgehoben, oder das Konkursverfahren eingestellt, oder beruht die Ueberschuldung des Nachlasses auf Vermächtnissen und Auflagen, so finden die §§ 1990 bis 1992 Anwendung. Die Miterben müssen also bezüglich der Erfüllung der Auflagen besonders § 1991 Abs. 4 beachten. Soll von dem Recht des § 1992, die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlassgegenstände durch Zahlung des Wertes abzuwenden, Gebrauch gemacht werden, so müssen alle Miterben einverstanden sein.

II. Nach der Teilung des Nachlasses tritt das Prinzip der gesamtschuldnerischen Haftung der Miterben, das für die Zeit vor der Teilung des Nachlasses durch die in § 2059 statuierte Haftungsbegrenzung im praktischen Erfolge bei Seite geschoben wird, in volle Kraft.

Die Frage wann der Nachlass als aufgeteilt anzusehen ist, lässt sich nur nach den Umständen des belegenen Falles beantworten. Der Umstand, dass einzelne Gegenstände von geringem Werte noch ungeteilt gelassen sind, schliesst die Annahme der Teilung ebensowenig aus, wie umgekehrt in der nur hinsichtlich einzelner Gegenstände vorgenommenen Teilung noch keine Teilung des Nachlasses zu erblicken ist. »Es kommt darauf an, ob in Wahrheit die Einheit des Nachlassvermögens bereits aufgelöst ist.«[3] Sind einzelne Nachlassgegenstände geteilt, ohne dass von einer Teilung des Nachlasses die Rede sein kann, so sind die Miterben den Nachlassgläubigern nach §§ 1978, 1979 verantwortlich. Die Beweislast dafür, dass der Nachlass geteilt sei, trifft den Nachlassgläubiger, nicht wie Strohal[4] vermeint, den belangten Miterben.

Ist die Teilung des Nachlasses erfolgt, so können die Anspruchsberechtigten des § 2194 gegen jeden Miterben vorgehen und von ihm die Vollziehung der Auflage ganz verlangen; denn nach § 2058 haften die Miterben als Gesamtschuldner. Der beklagte Miterbe

[3]) Endemann, Lehrbuch Bd. 3 S. 507.
[4]) Erbrecht S. 526.

kann dem widersprechen und nachweisen, dass er nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Erfüllung der Auflage hafte. Die Voraussetzungen, nach welchen eine Teilhaftung des Miterben eintritt, sind in den §§ 2060, 2061 normiert.

Das wirksamste Mittel, die anteilige Haftung herbeizuführen ist das gerichtliche Aufgebot der Nachlassgläubiger. Nach § 997 Abs. 2 C. P. O. darf jeder Miterbe, auch wenn er selbst bereits unbeschränkt haftet, das Aufgebotsverfahren beantragen.

Der von einem Miterben gestellte Antrag und das von ihm erwirkte Ausschlussurteil kommt auch den anderen Erben zu statten. Der Nachteil, dass bei Nichtanmeldung Schuldenverteilung eintritt, ist als Androhung in das Aufgebot aufzunehmen (§ 997 Abs. 1 C. P. O.). Das Aufgebot kann auch zugleich dem Zwecke, eine Beschränkung der Haftung herbeizuführen, dienen; hierfür ist § 1973 massgebend; § 2060 Abs. 1 hat prinzipaliter nur die Aufhebung der gesamtschuldnerischen Haftung im Auge.

Nach § 2060 Nr. 1 werden abweichend vom § 1972 auch die Auflagen durch das Aufgebot betroffen; dass sie dem Miterben bekannt waren, schliesst die Pflicht zur formellen Anmeldung nicht aus. Die Wirkung der nur anteiligen Haftung tritt mit Erlass des Ausschlussurteils ein.

Ferner tritt Teilhaftung ein, wenn ein Gläubiger seine Forderung später als fünf Jahre nach dem Erbfalle geltend macht (§ 2060 Nr. 2) und infolge eines Privataufgebots eines Miterben nach § 2061, soweit nicht vor dem Ablauf der dort bezeichneten Fristen die Forderung dem Miterben bekannt geworden ist. Dies ist aber hinsichtlich der Auflagen regelmässig der Fall.

Endlich haften die Miterben nach der Teilung für die Nachlassverbindlichkeiten dann nur anteilig, wenn der Nachlasskonkurs eröffnet und durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendigt worden ist (§ 2060 Nr. 3). Die Eröffnung des Nachlastkonkurses kann auch nach der Teilung stattfinden (§ 216 Abs. 2 K. O.). Dadurch erlangen jedoch die bisher als Gesamtschuldner haftenden Erben den Vorteil der Teil-

haftung nicht; denn § 2060 Nr. 3 setzt die Konkurseröffnung vor der Teilung des Nachlasses voraus. Dies ergeben die Anfangsworte des § 2060 in Verbindung mit Nr. 3.[5]

Hat der von dem Anspruchsberechtigten belangte Miterbe nun nachgewiesen, dass eine der Voraussetzungen vorliegt, wonach er nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Auflageverbindlichkeit zu haften hat, so ist er nur anteilig zu verurteilen.

Das Vorbringen einer der Voraussetzungen der §§ 2060, 2061 ist keine Einrede[6], sondern eine Einwendung, »eine unmittelbar eingreifende materielle Beschränkung der Rechte des Anspruchsberechtigten.«[7] Unterlässt der beklagte Miterbe die Einwendung, und erwirkt der Anspruchsberechtigte ein Urteil auf die ganze Erfüllung der Auflage, so kann der Miterbe in der Zwangvollstreckungsinstanz Einwendungen hiergegen nicht erheben. Sind dagegen die Gründe, nach denen die anteilige Haftung eintritt, erst nach der Schlussverhandlung entstanden, und lautet das Urteil auf Gesamthaftung, so kann er hiergegen die Einwandsklage auf anteilige Haftung gemäss § 767 C.P.O. erheben.

Steht nun die anteilige Haftung des Miterben fest, so ist weiter zu unterscheiden, ob er beschränkt oder unbeschränkt haftet, ob seine Haftung also nur auf den Gegenständen ruht, die er bei der Teilung aus dem Nachlass erhalten hat, oder ob er auch mit seinem eigenen Vermögen für den ihn belastenden Teil der Auflageverbindlichkeit eintreten muss. Hierfür sind die Regeln über die Schuldenhaftung des Alleinerben massgebend.

Als Besonderheit verdient noch Folgendes erwähnt zu werden:

Die Eröffnung des Konkursverfahrens ist auch nach der Teilung des Nachlasses zulässig (§ 216 Abs. 2 K.O.). Diese Vorschrift hat den Zweck, durch die

---

[5]) Strohal l. c. S. 524 Anm. 8.
[6]) So Jaeger a. a. O. S. 524; »Einrede der Teilhaftung.«
[7]) Strohal, l. c. S. 525. Anm. 14.

Wiedervereinigung der geteilten Nachlassgegenstände zu einem Vermögensganzen eine der Billigkeit entsprechende, geordnete und konkursmässige Befriedigung der Nachlassgläubiger herbeizuführen. Sind deshalb vor der Konkurseröffnung Auflagen erfüllt worden, so können sie gemäss § 222 K. O. angefochten werden. Zur Stellung des Antrags auf Konkurseröffnung ist jeder Miterbe berechtigt. Der Antrag ist zuzulassen, wenn die Ueberschuldung glaubhaft gemacht wird. Ob der Miterbe noch beschränkbar oder bereits unbeschränkt haftet, ist gleichgültig. Das Gericht hat die übrigen Erben, soweit tunlich zu hören (§ 217 Abs. 2 K. O.).

Die Anordnung der Nachlassverwaltung kann dagegen nur von allen Miterben gemeinschaftlich beantragt werden, jedoch ist sie nach der Teilung des Nachlasses nicht mehr möglich (§ 2062).

Ueber einen Erbteil kann weder Konkurs eröffnet (§ 235 K. O.), noch die Nachlassverwaltung angeordnet werden. Für die Nachlassverwaltung folgt dies aus der Gemeinschaft zur gesamten Hand, in welchem Rechtsverhältnisse die Miterben stehen, sowie aus § 2062.

Selbst wenn für einen Miterben ein Nachlasspfleger bestellt ist, so wird damit keine Abtrennung dieses Erbteiles hervorgerufen, sonder der Pfleger tritt nur in die Stellung des Miterben ein. Das von einem Miterben errichtete Inventar kommt auch den übrigen Erben zu statten, soweit nicht ihre Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten bereits unbeschränkt ist (§ 2063 Abs. 1).

§ 25.

Haftung des zu mehreren Erbteilen berufenen Erben.

Wird ein Erbe zu mehreren Erbteilen berufen, so wird grundsätzlich jeder Erbteil hinsichtlich der Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten als besonderer Erbteil behandelt (§ 2007 Satz 1); dies selbst dann, wenn die Annahme des einen Erbteils die des anderen kraft Rechtsvorschrift in sich schliesst (vgl. §§ 1927, 1934, 2098). Die Folge dieser Bestimmung ist, dass der

Erbe, der für den ersten Erbteil bereits unbeschränkt haftet, die Beschränkung der Haftung für den zweiten Teil immer noch geltend machen kann. Die Fälle, in denen der Erbe zu mehreren Erbteilen berufen ist, sind in den §§ 1927, 1934, 2094, 2098 enthalten.

Grundsätzlich haftet also der Erbe für die Vollziehung der Auflage so, als wenn die Erbteile verschiedenen Erben gehörten. In den Fällen der §§ 1935, 2094, 2095 tritt aber der Grundsatz des § 2007 Abs. 1 nicht ein, wenn die sich in der Person des Erben vereinigenden Erbteile mit derselben Auflage belastet sind. Hat hier der Erbe die Beschränkbarkeit seiner Haftung hinsichtlich des einen Erbteils verloren, so kann er seine Haftung auch nicht mehr hinsichtlich des zuwachsenden Erbteils oder der nach § 1935 eintretenden Erhöhung des ursprünglichen Erbteils beschränken (§ 2007 Satz 2).

Zu beachten bleibt aber auch hier, dass über einen Erbteil ein Nachlasskonkurs sowie eine Nachlassverwaltung nicht möglich ist.

§ 26.

Haftung bei der Nacherbfolge.

Hat der Erblasser bei einer Nacherbfolge eine Auflage angeordnet, so ist zu unterscheiden, ob die Auflage dem Vorerben oder dem Nacherben persönlich auferlegt ist, oder ob sie auf der Erbschaft als solcher ruht.

I. Betrachten wir zunächst den Fall, dass die Auflage dem Vorerben persönlich auferlegt ist. Hierbei ist wieder zu unterscheiden, ob der Vorerbe schlechthin unbeschränkt, oder ob er noch beschränkbar haftet.

Haftet der Vorerbe unbeschränkt — hierüber entscheiden die allgemeinen Grundsätze —, so kann der nach § 2194 Berichtigte sowohl das, was dem Vorerben aus der Erbschaft gebührt, als auch das eigene Vermögen des Vorerben ergreifen. Haftet dagegen der Vorerbe noch beschränkbar, so kann er seine Haftung gegenständlich auf das beschränken, was ihm aus der Erbschaft gebührt. Es sind dies die von ihm aus dem

Nachlass gezogenen Nutzungen, soweit sie nicht dem Nacherben zustehen, und die Surrogate der nicht mehr vorhandenen Nutzungen. Nichtgezogene Nutzungen sind insoweit in Ansatz zu bringen, als den Vorerben wegen Nichtziehung derselben den Nachlassgläubigern gegenüber nach § 1978 die Verantwortung trifft. Ferner kann der Vorerbe, wenn er durch sein Verhalten den Nachlass gemindert hat, nach § 1978 den Nachlassgläubigern verantwortlich werden, auch wenn ihn dem Nacherben gegenüber keine Verantwortung trifft.

Die Beschränkung seiner Haftung macht der Vorerbe nach den allgemeinen Grundsätzen geltend.

II. a) Belastet die Auflage die Erbschaft als solche, so ist zu unterscheiden, ob der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist, oder nicht. Solange der Fall der Nacherbfolge noch nicht eingetreten ist, sind die nach § 2194 Berechtigten mit ihren Ansprüchen auf den Vorerben angewiesen.

Hat der Vorerbe die Haftungsbeschränkung noch nicht verloren, so kann er nach den allgemeinen Grundsätzen seine Haftung für die Vollziehung der Auflage auf den Nachlass beschränken. Die Vollziehung der Auflage durch den Vorerben befreit den Nachlass von der Last, und der Nacherbe muss die Erfüllung als in seinem Interesse geschehen anerkennen. Die Vollziehung der Auflage kann aber, wenn die Voraussetzungen dazu vorliegen, nach § 3a des Anfechtungsgesetzes angefochten werden. Haftet der Vorerbe unbeschränkt, so können die Berechtigten auch in sein eigenes Vermögen die Zwangsvollsteckung betreiben.

b) Mit dem Eintritt der Nacherbfolge geht im allgemeinen die Verpflichtung zur Vollziehung der Auflage auf den Nacherben über. Haftet aber der Vorerbe für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt, so bleibt seine Haftung für die Vollziehung der Auflage ohne Rücksicht darauf, dass die Nacherbfolge eingetreten ist, bestehen (§ 2145 Abs. 1 Satz 1). Eine andere Frage ist es, ob der Vorerbe in diesem Falle nicht ersatzberechtigt ist.

Endemann[1] und ebenso Planck[2] lehren, dass der unbeschränkt haftende Vorerbe von der Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten, also auch von der Haftung für die Vollziehung der Auflage dann frei werde, wenn der Nacherbe ebenfalls unbeschränkt hafte.[3] Mit Recht bemerkt dagegen Strohal,[4] dass diese Auffassung zu unzweckmässigen Ergebnissen führen würde. Denn die Fortdauer der unbeschränkten Haftung des Vorerben würde so lange ungewiss sein, bis die unbeschränkte Haftung des Nacherben sich als endgültig herausgestellt hat. Ausserdem müsste wegen jeder Nachlassverbindlichkeit, für die der Vorerbe unbeschränkt haftet, die Möglichkeit ins Auge gefasst werden, dass der Nacherbe für diese Verbindlichkeit später ebenfalls unbeschränkt haften könnte.

Haftet der Vorerbe noch beschränkbar, so kann er dem Anspruch auf Vollziehung der Auflage die Einrede des § 1990 entgegensetzen, wenn er das, was er aus dem Nachlass für sich behalten durfte, zur Vollziehung der Auflage im Wege der Zwangvollstreckung herausgegeben hat (§ 2145 Abs. 2).

In beiden Fällen können sich die Anspruchsberechtigten aber auch an den Nacherben halten. Dass der Vorerbe unbeschränkt haftet, hat auf die Haftung des Nacherben keinerlei Einfluss. Vielmehr kann der Nacherbe selbständig und unabhängig von dem Vorerben die Beschränkung seiner Haftung auf das, was er aus der Erbschaft mit Einschluss seiner Ersatzansprüche gegen den Vorerben erlangt hat (§ 2144 Abs. 1), geltend machen. Hierfür sind die allgemeinen Grundsätze massgebend.

Zu bemerken ist noch, dass dem Nacherben sowohl die Inventarerrichtung, wie auch die Einleitung des Aufgebotsverfahrens durch den Vorerben zu Gute kommt (§ 2144 Abs. 2 § 998 C.P.O.); ebenso die Anordnung der Nachlassverwaltung und die Eröffnung des Nachlasskonkurses; in den beiden letzten Fällen hat

[1]) Lehrbuch Bd. 3 S. 185 Anm. 16.
[2]) Kommentar Bd. V S. 322.
[3]) vgl. auch Motive Bd. V S. 127.
[4]) Erbrecht S. 502 Anm. 8.

der Vorerbe bezüglich des Verfahrens die Stellung des Erben.

Den Antrag auf Eröffnung des Nachlasskonkurses kann der Nacherbe auch schon vor dem Eintritt der Nacherbfolge stellen; denn nach § 217 K. O. ist jeder Erbe dazu berechtigt, folglich auch der Nacherbe.

III. Ist die Auflage dem Nacherben allein auferlegt, so ist lediglich er für die Vollziehung haftbar; und es bewendet bei den allgemeinen Regeln. Eine Klage gegen den Vorerben würde der Einrede der mangelnden Passivlegitimation begegnen.

§ 27.

Haftung beim Erbschaftskauf.

Das B. G. B. gestattet dem Alleinerben die obligatorische Veräusserung der ihm angefallenen Erbschaft. Durch den Verkauf und die Uebertragung der Erbschaftsgegenstände darf aber den Nachlassgläubigern kein Nachteil erwachsen.

I. Die Berechtigten des § 2194 können sich mit ihren Ansprüchen nach wie vor an den Erben halten. Der Erbe verliert durch den Verkauf der Erbschaftsgegenstände seine Erbenqualität nicht (§ 2382 Abs. 1 Satz 1).

II. Kraft zwingender Norm (§ 2382 Abs. 2) haftet neben dem Erben auch der Käufer für die Vollziehung der Auflage, selbst wenn er auf Grund des Kaufvertrages nicht dazu verpflichtet ist, und zwar sofort vom Abschluss des Kaufvertrages an. Ob dem Käufer bereits die Nachlassgegenstände übertragen sind oder nicht, ist gleichgültig (§ 2382 Abs. 1). Der Umfang der Haftung des Käufers für die Vollziehung der Auflage bestimmt sich nach derjenigen der Haftung des Verkäufers. Je nachdem dieser zur Zeit des Verkaufes beschränkt oder unbeschränkt haftet, haftet auch der Käufer (§ 2383 Abs. 1).

1) Die gerichtliche Inventarfrist kann auf Antrag des Berechtigten dem Erben oder dem Käufer gestellt werden.

Hat der Verkäufer das Inventar vor oder nach dem Verkaufe rechtzeitig errichtet, so kommt das dem Käufer zu statten und umgekehrt (§§ 2383 Abs. 2, 2004). Die Ergänzung eines von dem einen Teile eingereichten unvollständigen Inventars kann seitens des Berechtigten auch von dem anderen Teile begehrt werden.

2) Das Aufgebot der Nachlassgläubiger kann nach dem Verkaufe sowohl vom Verkäufer wie vom Käufer beantragt werden. Der von dem einen Teile gestellte Antrag und das von ihm erwirkte Ausschlussurteil kommen auch dem anderen Teile zu Gute, soweit derselbe nicht unbeschränkt haftet (§ 1000 C.P.O.). Erbe wie Käufer haben das Recht, die Eröffnung des Konkurses zu beantragen. In Ansehung des Verfahrens tritt nach dem Kaufabschluss der Käufer an die Stelle des Erben (§ 232 Abs. 1 K.O.).

Beide können auch die Anordnung der Nachlassverwaltung beantragen, und beide haben die Einrede des §§ 1990—1992.

III. Veräussert der Ebschaftskäufer die Erbschaft an einen Dritten weiter, so entsteht zwischen dem Erbschaftskäufer und dem zweiten Käufer das gleiche Rechtsverhältnis wie zwischen dem Erben und dem ersten Käufer. Die Berechtigten können sich nicht nur an den Erben sondern auch an den Erbschaftskäufer und daneben auch an den zweiten Käufer halten (§ 2385 Abs. 1). Auch im übrigen finden die Vorschriften, die beim Erbschaftskauf gelten, Anwendung (vgl. auch § 1000 Abs. 2 C.P.O., § 233 K.O.).

Ebenso finden die Normen des Erbschaftskaufes entsprechende Anwendung, wenn die Erbschaft nicht verkauft, sondern auf andere Weise z. B. durch Tausch veräussert wird.

IV. Im Anschluss hieran ist noch zu erörtern, wie sich die Haftung für die Vollziehung der Auflage im Falle der Uebertragung des Erbteils eines Miterben gestaltet.

Wird der Erbteil auf Grund eines Kaufes oder eines anderen Kausalgeschäftes erworben, so finden die Vorschriften der §§ 2382, 2385 auch auf den Er-

werber Anwendung (§ 1922 Abs. 2), ebenso die Bestimmungen der §§ 2058 ff. Daneben bleibt der veräussernde Miterbe verhaftet (§§ 2382, 2385, 2058 ff., 1922 Abs. 2). Soll eine Zwangsvollstreckung in den von dem Miterben bereits übertragenen Anteil am Nachlass stattfinden, so genügt ein gegen den Miterben ergangenes Urteil nicht. Anders, wenn der Anteil erst nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit übertragen ist (vgl. § 325 C.P.O.)

Bei der Zwangsvollstreckung in den ungeteilten Nachlass nach § 778 C.P.O. muss die Vollstreckbarkeit gegen den Erwerber des Anteils erfordert werden.

Machen die Miterben nach dem Verkauf eines Erbteils seitens eines Miterben an einen Dritten das ihnen nach § 2034 zustehende Vorkaufsrecht geltend, so wird der Käufer von der Vollziehung der Auflage frei, wenn er den Anteil auf die Miterben übertragen hat. Der Käufer scheidet mithin als Schuldner der Auflageverbindlichkeit aus.

Er kann aber nach §§ 1978, 1979 den Anspruchsberechtigten für Verfehlungen, die er nach dem Abschluss des Kaufvertrages hinsichtlich sener Verwaltungspflicht sich hat zu Schulden kommien lassen, haftbar sein. Im Falle der Nachlassverwaltung oder des Nachlasskonkurses sind diese Haftansprüche von dem Nachlassverwalter bezw. dem Konkursverwalter geltend zu machen. Liegen die Voraussetzungen der §§ 1990—1992 vor, so müssen die Berechtigten die Ueberweisung des Anspruchs gegen den Käufer von den Miterben durchsetzen.[1]

V. Dies alles gilt auch für den Dritten, an den der Käufer den Erbanteil weiter veräussert hat (§ 2037). Wie ist es nun mit der Haftung für die Vollziehung der Auflage in dem Falle, wo ein Miterbe alle Erbteile in seiner Person vereinigt, dadurch dass er die Anteile der übrigen Erben gegen Abfindung erwirbt? Soweit die Miterben die Beschränkbarkeit ihrer Haftung nicht vorloren haben, erstreckt sich ihre Verantwort-

[1]) Strohal, Erbrecht S. 539 Anm. 9.

lichkeit in praktischer Beziehung nur auf die Haftung nach §§ 1978, 1979. Mit Recht hebt aber Strohal[2] hervor, dass die Vereinigung aller Anteile am Nachlasse nur eine scheinbare sei, hinter der sich in Wahrheit eine bereits vorgenommene Teilung des Nachlasses verberge.

Dies sei insbesondere der Fall, wenn die Uebertragung der Anteile gegen Zuweisung von dem Nachlass entnommenen Gegenständen erfolgt sei. Dann treten die Wirkungen bezüglich der Haftung für die Erfüllung der Auflage ein, die nach der Teilung des Nachlasses unter den Miterben gelten.

§ 28.

Haftung des Vermächtnisnehmers.

I. Ein mit einer Auflage beschwerter Vermächtnisnehmer haftet nur mit dem Vermächtnis. Er kann daher auch nach der Annahme des ihm zugewendeten Vermächtnisses die Vollziehung der Auflage insoweit verweigern, als dasjenige, was er aus dem Vermächtnis erhält nicht ausreicht (§ 2187 Abs. 1).

II. Wie ist es aber zu halten, wenn die Auflageleistung in Handlungen oder Unterlassungen besteht, die nicht in Geld abschätzbar sind, und demgemäss nicht mit der Zuwendung verglichen werden können; kann sie der Beschwerte nie verweigern oder kann er sie immer verweigern? Zur Beantwortung dieser Fragen ist die dem § 2187 zu Grunde liegende Tendenz zu beachten. Der § 2187 bezweckt den Vermächtnisnehmer gegen eine unbillige Ueberlastung durch Auflagen zu schützen. Es ist aber nicht zu leugnen, dass dem Vermächtnisnehmer durch unschätzbare Handlungen oder Unterlassungen häufig eine persönliche Belästigung auferlegt wird, die der Erblasser nicht beabsichtigt hat, und auf deren Befolgung er nicht bestanden haben würde. Hinzukommt, dass die Zuwendung an den Vermächtnisnehmer der Hauptzweck, die Auflage nur Nebenzweck ist. Würde man sich

[2]) l. c. S. 540.

also dahin entscheiden, dass der Vermächtnisnehmer unschätzbare Handlungen oder Unterlassungen stets erfüllen müsste, so würde unter Umständen die Liberalität als Hauptzweck durch die Auflage als Nebenzweck in den Schatten gedrückt und der in § 2187 zum Ausdruck gelangte Gedanke, den Vermächtnisnehmer vor Schaden zu schützen, wäre dann bei Seite geschoben. Man wird sich also dahin zu entscheiden haben, dass es dem Pflichtgefühl des Vermächtnisnehmers zu überlassen ist, ob er die Auflage erfüllen will.

III. Wenn ein und derselbe Gegenstand mehreren Vermächtnisnehmern vermacht ist, und die Anteile mit derselben Auflage verschieden beschwert sind, so haftet, wenn einer der Bedachten wegfällt, derjenige, welchem der Anteil des Wegfallenden anwächst, nur mit dem als besonderes Vermächtnis geltenden Anwachs, wie sich auch seine Haftung durch den Anwachs eines unbeschwerten oder minder beschwerten Anteils nicht erweitert. Erwirbt der beschwerte einzelne Vermächtnisnehmer das Vermächtnis nicht, z. B. weil er den Anfall nicht erlebte, so haftet der beschwerte Erbe, welcher durch den Wegfall von dem Vermächtnis befreit wird, nicht etwa mit der ganzen Erbschaft oder seinem Erbteil, sondern ebenso wie ein an die Stelle des ersten Vermächtnisnehmers tretender Ersatzvermächtnisnehmer nur in Höhe des beschwerten Vermächtnisses (§§ 2187 Abs. 2, 2192, 2161).

IV. Ist das Vermächtnis durch die darauf gelegten Auflagen überschwert, so kann der Vermächtnisnehmer die Beschränkung seiner Haftung durch konkursmässige Kürzung in der gleichen Weise geltend machen, wie der Erbe bei einer auf gleicher Ursache beruhenden Ueberschuldung der Erbschaft. (§§ 2186, Abs. 3, 1992.)

Aber auch wenn keine Ueberschwerung des Vermächtnisses vorliegt, kann der Vermächtnisnehmer dennoch die ihm auferlegten Auflagen verhältnismässig kürzen, wenn er auf Grund der Beschränkung der Haftung des Erben oder wegen eines Pflichtteilsanspruches die ihm selbst gebührende Leistung nur ge-

kürzt erhält (§ 2188). Der Erblasser kann aber das Gegenteil anordnen.

Steht nach §§ 2188, 2187 dem Vermächtnisnehmer das Recht der Kürzung der Auflagen zu, so kann der Erblasser für diesen Fall anordnen, dass eine Auflage vor den übrigen Auflagen den Vorrang haben soll. (§ 2189).

Diese Anordnung ist auch für die aussergerichtliche Liquidation des beschwerten Vermächtnisses massgebend (§ 2187 Abs. 3).

§ 29.
Auflage und Pflichtteil.

Die letztwillig angeordneten Auflagen können auch durch die Einwirkung der Normen über das Pflichtteilsrecht Modifikationen erleiden.

Der Erblasser genügt seiner Rechtspflicht gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten noch nicht, dadurch dass er denselben zwar auf einen der Hälfte seines gesetzlichen Erbteils mindestens gleichkommenden Bruchteil als Erben einsetzt, ihn jedoch mit Auflagen beschwert.

Das Schicksal der Auflage gestaltet sich verschieden, je nachdem der hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigt oder nicht.

I. Wenn der dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt, so gilt die Beschwerung mit Auflagen als nicht angeordnet (§ 2306 Satz 1). Diese Rechtsfolge tritt ipso jure ein, ohne dass es etwa eines Vorbehaltes oder einer Einrede bedürfte. Auch nach römischen Recht ist der Pflichtteil lastenfrei zu hinterlassen. Beschränkungen, insbesondere Auflagen sind wie nicht geschrieben nichtig (C. 3, 28, 32).

II. Uebersteigt der hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so ist der Rechtsbestand der Auflage gesichert. Denn entweder nimmt der pflichtteilsberechtigte Erbe den Erbteil an; dann verpflichtet er sich damit auch zur Vollziehung der Auflage; die Kenntnis der Beschwerung natürlich vorausgesetzt.

Oder er schlägt den Erbteil aus und verlangt den reinen Pflichtteil, dann geht der Erbteil mit den gravamina auf den nächstberufenen Erben über (§ 2306, Satz 2).

III. Der bloss mit einem Vermächtnis bedachte Pflichtteilsberechtigte hat die Wahl zwischen dem Vermächtnis und dem Pflichtteil. Durch die Annahme des Vermächtnisses wird der Pflichteilsanspruch nur insoweit ausgeschlossen, als der durch Schätzung zu ermittelnde Wert des Vermächtnisses reicht. Nimmt aber der Pflichtteilsberechtigte das Vermächtnis an, so werden hier die Beschwerungen mit Auflagen nicht gegestrichen wie in § 2306 Abs. 1 Satz 1, sondern er muss sie übernehmen. Bei Berechnung des Wertes des Vermächtnisses bleiben die angeordneten Auflagen ausser Betracht. Es wird also der Bruttowert des Vermächtnisses auf den Pflichtteil angerechnet (§ 2307 Abs. 1).

Bei der Schätzung des Nachlasses zum Zwecke der Ermittlung des Pflichtteils werden die Auflagen nicht in Abzug gebracht. Der Grund hierfür ist, dass das Gesetz annimmt, die Pflichtteilslast solle, wenn der Erbe mit Auflagen beschwert ist, nach dem Willen des Erblassers zwischen dem Erben sowie demjenigen, zu dessen Gunsten eine Auflage angeordnet ist, verhältnismässig geteilt werden. Zu diesem Zeck gibt § 2318 dem Erben eine peremtorische Einrede.

Er kann die Vollziehung der Auflage insoweit verweigern, dass er die Auflage nur in dem Wertbetrage erfüllt, in welchem der dem Erben verbleibende Reinwert des Nachlasses zu dem Werte der den Inhalt der Auflage bildenden Leistung steht. Besteht die Leistung nicht in Geld, so ist der Wertbetrag durch Schätzung zu ermitteln.

Diese Bestimmung findet natürlich auch Anwendung, wenn der mit dem Pflichtteilsanspruch eines anderen belastete Erbe selbt pflichtteilsberechtigt ist. Darüber hinaus gibt ihm § 2318 Abs. 3 das Recht, die Auflagen sogar soweit zu kürzen, dass ihm sein eigener Pflichtteil verbleibt.

IV. Die Kürzung erfolgt, soweit sie nicht im Verfahren der Auseinandersetzung unter Zuziehung aller Beteiligten vorgenommen wird, durch Klage in der Zwangsvollstreckungsinstanz gegenüber der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Vollziehung der Auflage. Haftet der Erbe unbeschränkt, so steht ihm das Kürzungsrecht nicht mehr zu; denn in solchem Falle ruht die Pflichtteilslast nicht mehr auf dem Nachlass, sondern sie ist eine persönliche Schuld des Erben.

Ist eine von dem Pflichtteilsberechtigten ausgeschlagene Erbschaft (§ 2306 Abs. 1 Satz 2), oder ein von ihm ausgeschlagenes Vermächtnis mit einer Auflage beschwert, so kann derjenige, welchem die Ausschlagung zu statten kommt, und dem daher nach §§ 2320, 2321 die Entrichtung des Pflichtteils zur Last fällt, die Auflage soweit kürzen, dass ihm der zur Deckung der Pflichtteilslast erforderliche Betrag verbleibt (§ 2322).

Die Kürzung der Auflagen steht aber unter dem Vorbehalte, dass der Erbe endgültig die Pflichtteilslast zu tragen hat. Soweit aber der verpflichtete Erbe die Pflichteilslast auf einen anderen abwälzen darf, ist er zu der ihm sonst nach Massgabe des § 2318 Abs. 1 zustehenden Kürzung nicht berechtigt (§ 2323).

3. Abschnitt.

Klage und Zwangsvollstreckung.

§ 30.

Die Klage.

I. Als Gerichtsstand für die klage auf Vollziehung der einer Schenkung beigefügten Auflage ist der allgemeine Gerichtsstand massgebend. (§ 13 C. P. O.)

II. 1) Bei den letztwilligen Auflagen ist wenn der Erbe mit einer Auflage beschwert ist, nicht nur das Gericht, in dessen Bezirk der beklagte Erbe seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, sondern auch das Gericht zuständig, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes seinen allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat (§ 27 C.P.O.).

2. Ist ein Vermächtnisnehmer mit einer Auflage beschwert, so kommt ausser dem allgemeinen Gerichtsstand auch der Gerichtsstand der Erbschaft in Frage, solange sich der Nachlass nach ganz der teilweise im Bezirke des Gerichts befindet, oder die vorhandenen mehreren Erben als Gesamtschuldner haften (§ 28 C.P.O.)

III. Eine besondere Bedeutung kommt der Frage zu, welche Stellung die nach § 2194 Berechtigten, der Staat im Falle des § 525 und des Testamentsvollstrecker, wenn ihm die Verwaltung des Nachlasses nicht zusteht, im Prozess auf Vollziehung einer Auflage einnehmen.[1]

Die vorbezeichneten Klageberechtigten machen kein Forderungsrecht, wohl aber einen Anspruch, und zwar ihrem Anspruch geltend, dessen Erfüllung für sie allerdings kein materielles Interesse hat.

Der Anspruchsberechtigte macht deshalb seinen Anspruch im eigenen Namen, nicht im Namen dessen, dem die Erfüllung der Auflage zu Gute kommt, geltend.

Da der Anspruchsberechtigte seinen Anspruch im eigenen Namen geltend macht, so folgt daraus, dass, wenn er abgewiesen wird, er die Prozesskosten zu tragen hat. Ist er Ausländer, so hat er erforderlichen Falles Sicherheit für die Prozesskosten zu bestellen. Für den Testamentsvollstrecker gilt dies allerdings nicht. (vgl § 2218, § 670 B.G.B., § 224 Nr. 5 K. O.)

Als weitere Folge daraus, dass der Anspruchsberechtigte im Prozess die Parteivolle hat, ergiebt sich, dass er auch zur Schliessung eines Vergleiches berechtigt ist; ja er kann den Anspruch auch wieder fallen lassen.

Als Prozesspartei kann er auch nicht als Zeuge vernommen werden. Ob eine als Zeuge zu vernehmende Person zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt ist (§§ 383, 384 C. P. O.), sowie die Ablehnung eines Richters oder Gerichtsschreibers wird nach der Person des Anspruchsberechtigten beurteilt. Auch die Prozesseide sind von dem Anspruchsberechtigten zu leisten. Im übrigen ergiebt sich die Gestaltung des Prozesses aus der bisherigen Darstellung und den allgemeinen Grundsätzen.

[1]) Zum Folgenden vgl. Kohler, Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 21, S. 259fg.

§ 31.

Die Zwangsvollstreckung.

I. Das Verlangen, die Auflage zu erfüllen, wird durch Klage geltend gemacht. Das Urteil lautet abgesehen von dem Falle, wo die Auflage im Interesse und zu Gunsten des Schenkers selbst angeordnet ist, und dieser selbst auf Vollziehung klagt, sowie von dem Falle des § 330 Satz 2, auf Leistung an den Destinatär der Auflage. Wie ist nun ein solches Urteil zu vollstrecken, wenn es den Beklagten zur Leistung einer gewissen Summe Geldes oder zur Herausgabe bestimmter Sachen oder Sachen bestimmter Art verurteilt?[1]

Die C. P. O. giebt keine Bestimmungen, welche hierfür direkt passen, denn die einschlägigen Bestimmungen behandeln nur den Fall, dass der die Exekution betreibende Gläubiger auch der Empfänger der Leistung ist. Diese Lücke des Gesetzes muss im Wege analoger Gesetzesauslegung ausgefüllt werden. Es stehen sich hier zwei Ansichten gegenüber:

Die eine Ansicht geht davon aus, dass die Bestimmungen der C. P. O. § 803 ff. und 883 ff. nur für den Fall Platz greifen, dass die der Exekution unterliegende Leistung an den betreibenden Gläubiger selbst zu machen ist. Da die Leistung aber nicht an den betreibenden Gläubiger, sondern an einen Dritten erfolgen solle, so müsse die zu vollstreckende Leistung als eine Handlung im Sinne der §§ 887, 888 C. P. O. aufgefasst werden. Nach dieser Ansicht würde, wenn eine Geldleistung den Inhalt der Auflage bildet, oder wenn es sich um die Herausgabe vertretbarer Sachen handelt, § 887 massgebend sein. Und zwar wäre dann nach §§ 887 Abs. 2,891 C. P. O. die Grundlage der Vollstreckung nicht das Urteil, sondern der Beschluss des Prozessgerichts.

Ginge das Urteil aber auf etwas anderes als die Herausgabe vertretbarer Sachen, so könne nur die Vollstreckung nach § 888 C. P. O. in Frage.

---

[1]) Zum Folgenden vgl. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 78 f.

Nach einer anderen Ansicht, der ich mich anschliessen möchte, erfolgt die Vollstreckung in der gewöhnlichen Weise. Denn wenn in Auflageleistung eine bestimmte Geldsumme ist, so soll durch die Zwangsvollstreckung von dem Schuldner eine Geldleistung beigetrieben werden, und diese Beitreibung hat nach §§ 803 ff. zu erfolgen. Wollte man, wie die Gegenansicht will, die Vollstreckung erst auf Grund eines Beschlusses des Prozessgerichts zulassen, »so wäre das ein zweckloser, die Rechtsverfolgung verzögernder und verteuernder Formalismus.« Dazu steht dieser Umweg auch noch im Widerspruch zu § 887 Abs. 3 C. P. O.

Steht die Herausgabe einer nicht vertretbaren Sache in Frage, so würde dem Verfahren nach § 888 ebenfalls der Vorwurf der verzögernden Rechtsverfolgung zu machen sein; denn die Berechtigten würden nun den Nachweis bringen müssen, dass die Herausgabe der Sache lediglich von dem Willen des Schuldners ashängt. Was aber besonders gegen dies Verfahren dericht, ist der Umstand, dass hierbei die Möglichkeit, von dem Schuldner die Leistung des Offenbarungseides, dass er die Sache nicht besitze, auch nicht wisse, wo bsi sich zur Zeit befinde, zu verlangen, fortfällt.

Besteht der Inhalt der Auflageleistung in der Vornahme einer Handlung im engeren Sinne, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann, so ist der Anspruchsberechtigte von dem Prozessgericht erster Instanz auf Antrag zu ermächtigen, die Handlung auf Kosten des Beklagten vornehmen zu lassen.

Die Anspruchsberechtigten können zugleich beantragen, den Schuldner zur Vorauszahlung der Kosten zu verurteilen, welche durch die Vornahme der Handlung entstehen werden, unbeschadet des Rechts auf eine Mehrforderung, wenn die Vornahme der Handlung unterbleibt. (§ 887).

Kann die Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschliesslich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozessgericht erster Instanz zu erkennen, dass der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch

Geldstrafe bis zum Gesamtbetrage von 1500 Mark oder durch Haft anzuhalten sei. (§ 888 C. P. O.).

Ist die Auflageleistung ein Unterlassen oder Dulden, so erfolgt die Vollstreckung nach § 890 C. P. O.

II) Schwierigkeiten können sich hinsichtlich der Vollstreckung im Falle des § 2193 ergeben.[2] Nach diesem Paragraph kann der Erblasser bei der Anordnung einer Auflage, deren Zweck er bestimmt hat, die Bestimmung des Leistungsempfängers dem Beschwerten überlassen. Ist nun der Beschwerte zur Vollziehung der Auflage rechtskräftig verurteilt, so kann ihm von dem Anspruchsberechtigten eine angemessene Frist für die Bestimmung des Leistungsempfängers gesetzt werden. Nach dem Ablauf der Frist ist der anspruchsberechtigte Kläger berechtigt, die Bestimmung zu treffen, wenn nicht die Vollziehung rechtzeitig erfolgt. Der Anspruchsberechtigte steht in dieser Beziehung einem Dritten gleich, dem die Bestimmung übertragen ist. Kann er die Bestimmung nicht treffen, so geht das Bestimmungsrecht ohne weiteres, verzögert er die Bestimmung, so geht es nach fruchtlosem Ablauf einer ihm auf Antrag des Beschwerten oder eines sonstigen Anspruchs berechtigten vom Nachlassgericht gesetzten Frist wieder auf den Beschwerten über Hier entsteht nun die Frage, wie zu verfahren ist, wenn der Beschwerte wiederum keine Bestimmung trifft. Hier ist in folgender Weise zu helfen:

Nachdem der Anspruchsberechtigte, welcher das Urteil erwirkt hat, das ihm zugefallene Bestimmungsrecht verloren hat, kann nunmehr ein anderer Anspruchsberechtigter — in den meisten Fällen werden ja mehrere Anspruchsberechtigte vorhanden sein — in das Verfahren eintreten; denn sein selbständiges Bestimmungsrecht wird dadurch, dass der anspruchsberechtigte Kläger des Bestimmungsrechts verlustig gegangen ist, nicht berührt. Er tritt in die Rechtsposition ein, die der erste Anspruchsberechtigte nach dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils hatte. Man

[4]) Vgl. Kohler S. 265 f.

kann ihn insofern als Rechtsnachfolger des anspruchsberechtigten Klägers ansehen. Sofern er nun imstande ist, sein Recht durch öffentliche Urkunden nachweisen zu können, kann er eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils für sich fordern (vgl. § 727 C. P. O.) Auf Grund dieser vollstreckbaren Ausfertigung kann er dann dem Beschwerten eine angemessene Frist zur Ausübung des Bestimmungsrechts setzen, und wählt letzterer wieder nicht, so kann er nun seinerseits die Bestimmung des Leistungsempfängers treffen. Kann aber der zweite Anspruchsberechtigte sein Recht nicht durch öffentliche Urkunden nachweisen, so bedarf es zunächst der actio judicati aus § 731 C. P. O.

§ 32.

Konkurs.

Von dem Nachlasskonkurse ist schon an anderer Stelle gehandelt. Hier handelt es sich um den Konkurs des Beschwerten selbst. Es soll indessen hier keine vollständige Darstellung des Konkursverfahrens erfolgen, sondern nur auf gewisse Besonderheiten hingewiesen werden.

Besonderheiten müssen daraus entstehen, dass die Auflage eine Pflicht zu einer Leistung begründet, aber kein Recht auf die Leistung gewährt.

I) Zur Teilnahme am Konkurs sind diejenigen berechtigt, welche auf Vollziehung der Auflage klagen können. Sie sind Konkursgläubiger (§ 3 K. O.); sie sind dies auch, obgleich sie tatsächlich am Konkurse nicht teilnehmen, wenn sie nur Teil zu nehmen berechtigt sind. Die Eigenschaft eines Konkursgläubigers ist also nicht von der Teilnahme am Konkurse abhängig. Anders steht es mit den Anspruchsberechtigten (§§ 2194, 525 Abs. 2). Sie sind nur Konkursgläubiger, wenn sie es sein wollen und ihren dahingehenden Willen zum Ausdruck bringen. Ihre Eigenschaft als Konkursgläubiger ist also von der Konkursbeteiligung abhängig. Nehmen sie nicht teil, so sind sie nicht Konkursgläubiger, und von einem Zwangsvergleich

werden sie nicht berührt. Nehmen sie Teil, so sind sie auch an den Zwangsvergleich gebunden.[1]

Ist der unter einer Auflage zu Gunsten eines Dritten Beschenkte in Konkurs gefallen, so ist der Dritte ausschliesslich teilnahmeberechtigt, wenn sein Recht unwiderruflich geworden ist. Ist das Recht auf die Leistung aber nicht unwiderruflich erworben, so sind der Schenker und der Dritte teilnahmeberechtigt.

II) Im Konkurse taucht abgesehen von den Fällen, wo der durch die Auflage Begünstigte selbst Konkursgläubiger ist, ein ähnliches Problem wieder auf, wie bei der Zwangsvollstreckung. Es kann fraglich sein, an wen im Verteilungsverfahren die Dividende auszuzahlen ist, ob an den Anspruchsberechtigten, oder an den durch die Auflage Begünstigten unmittelbar.

Man wird sich für die letztere Alternative entscheiden. Denn nachdem wir eine Einzelexekution zu Gunsten eines Dritten zugelassen haben,[2] so wird man auch die Auszahlung der Dividenden an den Dritten Begünstigten selbst zulassen müssen.

---

[1]) Im Nachlasskonkurse werden dagegen die Auflagen vom Zwangsvergleich nicht betroffen (§ 230 K. O.)

[2]) Oben S. 153.